Función Pública

Sentencia 0198 de 2015 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: Álvaro Namén Vargas (E)

Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil quince (2015)

Radicación No. 2276

Expediente: 11001-03-06-000-2015-0198-00

Referencia: Elección de contralores territoriales. Aplicación inmediata de las reformas constitucionales. Acta Legislativo 2 de 2015.

El Departamento Administrativo de la Función Pública consulta a esta Sala sobre el procedimiento que se debe seguir para la elección de los contralores departamentales, distritales y municipales, dadas las reformas introducidas en, esa materia por el Acto Legislativo 2 de 2015.

I. ANTECEDENTES

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

1. El artículo 272 de la Constitución Política estableció que los contralores departamentales, municipales y distritales serían elegidos por las asambleas y concejos municipales y distritales, respectivamente, "*de temas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo.*"

2. El Acta Legislativo 2 de 2015 adicionó el artículo 126 de la Constitución Política, en el sentido de señalar que la elección de servidores públicos por las 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 elección*". Con la misma finalidad se modificó el artículo 272 ibídem, que mantuvo la competencia de las asambleas y concejos municipales y distritales para la elección de contralores territoriales, pero ahora con la obligación de adelantar una "*convocatoria publica conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género (...)*".

3. Dado que aún no ha sido expedida la ley que regula la convocatoria pública a que hacen referencia los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, surge el interrogante acerca de si los tribunales ordinarios y administrativos deben seguir elaborando las ternas para la elección de contralores territoriales (como disponía la norma anterior) o si es posible que las asambleas departamentales y las concejos municipales y distritales desarrollen y apliquen directamente (sin una ley) los artículos 126 y 272 Superiores. Además se interroga sobre la posibilidad de que los actuales contralores continúen en el cargo mientras el legislador regula la materia y se producen nuevas elecciones.

Con base en lo anterior, SE PREGUNTA:

1. ¿El Acto Legislativo 2 de 2015 dejó sin competencia a los tribunales superiores de distrito judicial y a los tribunales de lo contencioso administrativo para que integren las ternas de candidatos para la elección de contralor departamental, municipal o distrital, ante las asambleas y concejos, según corresponda, para el periodo 2016-2019?

2. De no ser posible constitucionalmente que los tribunales presenten ternas de candidatos para la elección de contralor departamental, municipal o distrital, ¿es necesario esperar a que el legislador establezca los requisitos y procedimientos que deben seguir las corporaciones públicas para adelantar la selección y que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito? o ¿es posible que las Asambleas y Concejos fijen directamente los requisitos y procedimientos que garanticen los principios y criterios de que trata el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015 para la selección de contralores departamentales, distritales y municipales?

3. Si la respuesta al anterior interrogante es que debe esperarse a que el legislador defina a través de una ley las reglas de la convocatoria pública y el proceso de selección del contralor departamental, distrital y municipal ¿es viable que los contralores que estén ejerciendo sus funciones a 31 de diciembre de 2015, permanezcan en el desempeño de sus empleos hasta que quien deba reemplazarlos en forma legal tome posesión en el mismo, teniendo en cuenta que dicho cargo no es de elección popular?

4. De no ser viable la anterior alternativa ¿este empleo se podrá proveer mediante encargo mientras que el legislador fija las reglas de la

convocatoria pública y el proceso de selección del contralor departamental, distrital y municipal, y las asambleas y concejos adelantan los respetivos concursos?

II CONSIDERACIONES

1. Planteamiento de los problemas Jurídicos que presenta la consulta

Como se indica en los antecedentes, el Acto Legislativo 2 de 2015 modificó el artículo 126 de la Constitución Política para someter toda elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas a una convocatoria pública *regulada por la Ley* y sujeta a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito. En concordancia con esta regla general, el mismo acto legislativo también modificó el artículo 272 de la Constitución, en el sentido de sujetar la elección de contralores territoriales por parte de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales a una convocatoria pública "*conforme a la ley*" y sometida a principios de transparencia, objetividad, publicidad, participación ciudadana y equidad de género.

Dado que la reforma constitucional es reciente y la ley que regula la convocatoria pública aun no sido expedida, el organismo consultante pregunta sobre las siguientes posibilidades interpretativas:

(i) Entender que la norma anterior sigue vigente y que por tanto los tribunales superiores y contencioso administrativos mantienen la competencia que se les asignaba para presentar las ternas de candidatos a contralores municipales, distritales y departamentales (pregunta 1).

(ii) En caso de que la anterior interpretación no sea viable, se pregunta entonces si es posible entender que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales pueden desarrollar directamente la Constitución y dictar las reglas para la realización de la convocatoria pública que debe realizarse para la elección de contralores territoriales (pregunta 2).

(iii) Si ninguna de las anteriores opciones es posible y la elección de contralores territoriales queda en suspenso hasta que se expida una Ley que regule las convocatorias públicas, se consulta si los actuales contralores deben permanecer en el cargo hasta que se produzca una nueva elección o si puede acudirse a la figura del "encargo" para suplir las vacantes que se lleguen a presentar.

Para resolver la primera hipótesis (vigencia de la norma constitucional anterior), la Sala analizara el efecto general inmediato de las reformas constitucionales y su carácter derogatorio. Respecto del segundo escenario (desarrollo directo de la norma constitucional por las corporaciones locales), la Sala se referirá a la exigencia de un mínimo de cobertura legal para el ejercicio de las funciones administrativas y hará extensivo lo señalado en Concepto 2274 de 2015, en cuanto a la posibilidad de que las asambleas y los concejos ejerzan su competencia constitucional aplicando por analogía las normas que regulan el concurso publico de méritos para la elección de personeros. Finalmente, frente a la tercera pregunta que plantea el organismo consultante (posibilidad de que los actuales contralores permanezcan en su cargo hasta que haya nuevas elecciones), la Sala revisará las normas que regulan las vacancias temporales y definitivas en las contralorías departamentales y municipales.

2. Efecto general inmediato y derogatorio de las reformas constitucionales: vigencia del artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015

El artículo 272 de la Constitución Política establecía originalmente que los contralores departamentales y municipales serían elegidos para periodos iguales a los de gobernador o alcalde por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, "*de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo*" (inciso 4°).

Esta función de postulación de candidatos a los cargos de contralor departamental y municipal, otorgada por la constitución Política a los referidos tribunales, fue desarrollada respecto de las contralorías departamentales por la Ley 330 de 1996, que en relación con este aspecto en particular señalaba que las ternas serian elaboradas "*por concursos de méritos organizados por estos mismos Tribunales*" y "*enviadas a las Asambleas Departamentales dentro del primer mes inmediatamente anterior a la elección*" (artículo 4°). En relación con las contralorías municipales la Ley 136 de 1994 establecía a su vez que-las ternas se integrarían por los tribunales que ejercieran jurisdicción en el respectivo municipio *y* "*con no menos de un (1) mes de antelación*" (artículo 158).

Ahora bien, como indica la consulta, el Acto Legislativo 2 de 2015 modificó el inciso 4° del artículo 272 de la Constitución Política, en el sentido de eliminar la participación de los tribunales en la elección de los contralores territoriales. Esta es reemplazada por un procedimiento previo de convocatoria pública en los siguientes términos:

"Artículo 23. Modifíquense los incisos cuarto y octavo del artículo 272 de la Constitución Política.

Inciso Cuarto:

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

Inciso Octavo:

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el ultimo año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal."

Como se puede observar, la reforma constitucional mantiene la competencia de las asambleas y concejos para la elección de los contralores territoriales, pero modifica el procedimiento para la escogencia de los candidatos a dichos cargos, en el sentido de que esta será una función que también cumplirán los organismos electores, sin intervención de las autoridades judiciales, (i) mediante una convocatoria pública conforme a la ley y (ii) con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género.

Cabe señalar, tal como se indicó en Concepto 2274 de 2015, que esta convocatoria para la elección de contralores territoriales se sujeta además a criterios de mérito, por virtud del 126[2] de la Constitución Política, en el que se establecen las reglas generales de estos procedimientos de selección:

"Hace notar la Sala que lo establecido en el citado artículo 126 constituye el *régimen general o de condiciones mínimas* de este tipo de procedimientos de selección - sujeción a la ley y a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito-, de modo que es aplicable a todas *las convocatorias públicas* que se mencionan en las normas constitucionales anteriormente relacionadas, con las cuales se da una relación de complementariedad y no de exclusión.

Esto último significa para el caso analizado que los principios enunciados en el inciso 4° del artículo 272 de la Constitución Política para la elección de contralores territoriales (publicidad, transparencia, participación ciudadana, objetividad y equidad de género), deben completarse con "*el criterio de mérito*" que de manera adicional se incluyó en el artículo 126 en cuestión."

Ahora bien, en relación con la vigencia de estas modificaciones, la Sala observa que el artículo 26 del Acto Legislativo 2 de 2015 estableció que "*el presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación*", hecho que se cumplió el 1 de julio de 2015, según Diario Oficial No. 49.560 de esa fecha.

A diferencia de otras disposiciones de la misma reforma constitucional para las cuales se establecieron reglas de transición y se extendieron temporalmente las competencias previstas en las normas derogadas -mientras entraban en funcionamiento nuevos organismos o instituciones-, en el caso de los artículos 126 y 272 de la Constitución no se estableció una vigencia diferida o condicionada a un hecho posterior, lo que significa entonces que dichas normas entraron a regir el 1 de Julio de 2015, de acuerdo con la regla general del artículo 26 antes referida.

Es preciso indicar que en su condición de norma jurídica, la norma constitucional tiene carácter vinculante[3], efecto general inmediato[4] y poder reformatorio de las disposiciones constitucionales anteriores, en aplicación de la regla *ley posterior deroga ley anterior* del artículo 2° de la Ley 153 de 1887-[5]. Asimismo deja sin efecto la legislación anterior que le sea contraria, tal coma lo establece expresamente el artículo 9° Ibídem:

"ARTÍCULO 9. La Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechara como insubsistente."

Lo anterior significa frente a la primera pregunta de la consulta que los tribunales de distrito judicial y contencioso administrativos no tienen actualmente competencia para elaborar ternas para la elección de contralores territoriales, como quiera que el dispositivo constitucional que les asignaba esa función no se encuentra vigente. Igualmente, lo que sobre ese particular estaba regulado en las Leyes 136 de 1994 y 330 de 1996 se encuentra también derogado por virtud del Acto Legislativo 2 de 2015[6], de modo que tampoco daría sustento actualmente a la función de postulación de contralores territoriales por parte de los referidos tribunales.

3. Principio de legalidad y exigencia de una cobertura legal para el ejercicio de funciones administrativas. Sujeción de las Asambleas Departamentales y de Concejos los Municipales y Distritales a la ley

El segundo interrogante que planeta la consulta se refiere a la posibilidad de que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales desarrollen directamente el artículo 272 de la Constitución Política y fijen, sin sujeción a la ley, los requisitos de la convocatoria pública para la elección de contralores territoriales.

Al respecto la Sala observa que esa solución sería constitucionalmente discutible en la medida en que tanto el artículo 126 de la Constitución Política, que de forma general sujeta la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas al sistema de convocatoria pública, como el artículo 272 ibídem, que se refiere a la elección de contralores territoriales por convocatoria pública, establecen expresamente que para adelantar ese tipo de procedimientos los órganos electores estarán sujetos a la ley.

En consecuencia, la fijación de los elementos esenciales de la convocatoria pública está sujeta a reserva legal, lo que significa a su vez que la función administrativa en cuestión queda subordinada a la exigencia de un mínimo de cobertura legal para su ejercicio:

"4.1.1. La definición de Colombia como un Estado de Derecho implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que desplieguen los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación. Ese punto de partida del principio de legalidad encuentra reflejo o concreción (i) en el artículo 121 de la Constitución conforme al cual ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley, (ii) en el artículo 122 que establece que no habrá empleo púbico que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, (iii) en el segundo inciso del artículo 123 de la Constitución que establece que los servidores púbicos ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento y (iv) en el artículo 230 al prever que los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley.

(...) Según lo anterior, no es admisible que el cumplimiento de funciones públicas por parte de las autoridades carezca de una regulación que oriente y discipline las actividades que con tal propósito se emprendan. Con toso, esta prohibición no implica que ante el ejercicio de cualquier actividad relacionada con el ejercicio de funciones públicas, deba contarse con un régimen jurídico completamente detallado y exhaustivo."[7]

Dado lo anterior, no es viable que las asambleas departamentales y los concejos municipales ejerzan, así sea temporalmente, una competencia normativa que la Constitución le asigna directamente al legislador. Además debe tenerse en cuenta que según el artículo 287 de la Constitución Política la autonomía de las entidades territoriales para la gestión de sus intereses solo es posible "*dentro de los límites de la Constitución y la ley*", tal como lo ha recordado la jurisprudencia constitucional al señalar que:

"(...) en Colombia, como Estado unitario, el ejercicio autónomo de las competencias asignadas a las entidades territoriales se somete, en todo caso, a las disposiciones generales que dicte el legislador en interés general, las que en ningún caso podrán anular la facultad de los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas para administrar sus recursos, ejercer sus competencias y gobernarse por autoridades propias."

Así las cosas, la Sala no considera constitucionalmente aceptable la interpretación que plantea la segunda pregunta de la consulta, en el sentido de que las asambleas y concejos apliquen directamente los artículos 126 y 272 de la Constitución, sin sujeción a una ley previa que sirva de referencia para el ejercicio de sus competencias.

Ahora bien, lo anterior no implica que tales disposiciones carezcan de eficacia[8], pues coma se indicó en Concepto 2274 del 10 de noviembre de 2015, para el cumplimiento de la función asignada a las asambleas departamentales y a los concejos municipales y distritales en relación con la elección de contralores territoriales, pueden aplicarse por analogía las normas legales que regulan los concursos públicos de méritos, en particular la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2014[9] sobre elección de personeros:

"En consecuencia, cuando la competencia administrativa existe y de lo que se trata es de establecer el procedimiento para su aplicación, como sucede en el caso que se revisa, la analogía puede ser utilizada para asegurar el cumplimiento de la función asignada, más aun cuando esta tiene rango constitucional. De hecho el propio legislador ha previsto que las autoridades administrativas no puedan invocar la falta de un procedimiento administrativo para eludir el ejercicio de sus competencias, pues para ese efecto ha establecido uno general (marco) aplicable en ausencia de una norma especial (artículos 2° y 34 CPACA). Por tanto, bien sea por virtud de la aplicación analógica de una ley similar o de la aplicación supletiva del CPACA, siempre será posible solucionar vacíos en las normas de procedimiento aplicables para el ejercicio de una determinada función administrativa, pues debe recordarse que las autoridades públicas también son responsables por omisión en el cumplimento de sus funciones (artículo 6° C.P.).

(...)

Por tanto, frente al interrogante planteado por el organismo consultante, la Sala considera que en la elección de contralores territoriales a cargo de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales puede aplicarse por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014, sobre concurso publico de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, que regulan una situación semejante a la que debe resolverse ahora: elección de un funcionario de control territorial por parte de una corporación publica local. En esa normatividad se aplican los principios que exigen los artículos 126 y 267 de la Constitución Política (solo habría que agregar en las convocatorias un criterio de equidad de género), por lo que se cumplirán a cabalidad los presupuestos necesarios para el uso de la analogía: (i) ausencia de ley aplicable: (ii) existencia de una ley que regula un asunto semejante: y (iii) identidad de razón jurídica."

Por tanto, las referidas disposiciones, aplicadas por analogía, dan cobertura suficiente a las Asambleas Departamentales y a los Concejos Municipales y Distritales para ejercer la competencia que les asigna la Constitución en materia de elección de contralores territoriales, con la única salvedad, advertida también en el Concepto 2274 de 2015, de que entre los candidatos seleccionados en desarrollo de la convocatoria pública no existiría un orden preestablecido de elegibilidad:

"En síntesis, puede decirse que los principios, métodos y procedimientos de los concursos públicos de méritos son compatibles con el concepto de "convocatoria pública" de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, salvo por el hecho de que en la etapa final del proceso no existe un orden específico dentro de la lista de elegibles

(...)

Así las cosas y como quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria publica de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la Republicas regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. "[10]

4. Regulación de las vacancias temporales y definitivas de los contralores departamentales y municipales. Imposibilidad de permanecer en el cargo una vez terminado el periodo constitucional para el cual fueron elegidos

Según se acaba de indicar, la inexistencia de una ley específica que desarrolle los artículos 126 y 272 de la Constitución Política no impide la elección de los contralores territoriales por parte de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales (artículo 272 C.P.),

en la medida en que estos organismos pueden acudir por analogía a la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2014, que regulan el concurso público de méritos para la elección de personeros. En esa medida no se presentaría el supuesto de las preguntas 3 y 4, de que no habrá elección de contralores y que los cargos deben proveerse indefinidamente de alguna manera.

Sin embargo, las preguntas siguen siendo válidas en el sentido de que la realización de las convocatorias puede retrasar el nombramiento de los nuevos contralores, frente a lo cual persistiría la inquietud de sí los actuales contralores deben seguir en el cargo a pesar del vencimiento de su periodo (artículo 281.pe la Ley 4 de 1913) o si es necesario acudir a figuras de provisionalidad o encargo mientras se elige a quienes deben reemplazarlos.

Para responder estos interrogantes es preciso recordar que la ley se ha ocupado de regular de manera expresa los mecanismos para proveer las vacancias temporales o absolutas de los cargos de contralor departamental y municipal.

En primer lugar, en el caso de las contralorías departamentales, el artículo 5° de la Ley 330 de 1996 establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 5. *Período, reelección y calidades.* Los Contralores Departamentales serán elegidos para un periodo igual al del Gobernador. En ningún caso el Contralor será reelegido para el periodo inmediato ni podrá continuar en el ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo. En este evento lo reemplazara el funcionarlo que le siga en jerarquía.

Las faltas temporales serán llenadas por el Subcontralor o el Contralor auxiliar y a falta de estos por el funcionario de mayor jerarquía de la Contraloría Departamental. Las faltas absolutas serán llenadas de acuerdo con lo prescrito en la Constitución y en la ley (...)". (Se resalta)

Esta disposición es clara y expresa en cuanto a que el contralor departamental no podrá ''*continuar en el ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo*", y que en ese evento, si no se ha nombrado al nuevo contralor, "*lo reemplazara el funcionario que le siga en jerarquía*" (artículo 5). Cabe recordar que esta forma de reemplazo de las contralorías departamentales mientras se hace la nueva elección fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-060 de 1998, en la cual se indicó que:

"la disposición resulta exequible no solo porque con esta previsión se respeta el derecho del contralor a permanecer en su cargo por el termino constitucionalmente establecido, y no más allá de este, sino que además impida un ejercicio excesivo e indefinido del mismo, permitiendo que se asegure sin tropiezos y en forma transitoria la continuidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública de control fiscal y la defensa de los intereses generales en el ámbito territorial departamental, a causa de la ausencia de su titular, hasta tanto se produzca la elección de su reemplazo." (Se resalta)

De este modo, los actuales contralores departamentales no pueden continuar en el cargo al vencimiento de su periodo y sí existen retrasos en la elección de sus reemplazos, la vacante debe cubrirse con el funcionario que le siga en jerarquía, según las reglas de prelación de la norma citada.

Respecto de las contralorías municipales, la Ley 136 de 1994 prohíbe la reelección de los contralores (artículo 157) y les asigna a los concejos municipales la función de proveer las vacantes absolutas y temporales de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 161. *Régimen del contralor municipal.* Quien haya ejercido en propiedad el cargo de contralor distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno del correspondiente distrito o municipio, salvo el ejercicio de la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Solo el Concejo puede admitir la renuncia que presente el contralor distrital o municipal y proveer las vacantes definitivas del cargo. Las faltas temporales serán provistas en la forma que establezca el Concejo al momento de organizar la Contralarla. En los casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeren durante el receso del Concejo, serán provistas por el alcalde respectivo, designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría (...)

Esto significa que en el caso de los contralores territoriales también existe una forma de proveer las vacantes absolutas y temporales por parte de los concejos municipales, que no incluyen la permanencia de aquellos funcionarios a los que se les ha vencido su periodo.

Es importante resaltar que las citadas disposiciones de las Leyes 136 de 1994 y 330 de 1996 se encuentra vigentes, en la medida que no se ven afectadas por el Acto Legislativo 2 de 2015, en el cual, como se vio, solo se reformó el procedimiento previo a la elección de los contralores territoriales.

Por tanto, al existir normas legales expresas que regulan la provisión de vacantes absolutas y temporales en las contralorías departamentales y municipales, resulta improcedente acudir a la regla supletiva del artículo 281 de la Ley 4 de 1913[11] para llegar a considerar que los actuales contralores pueden permanecer indefinidamente en el cargo hasta que se presente su reemplazo.

En relación con esto último es pertinente aclarar que el Concepto 1860 de 2007 que se cita por 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)[12], pues en estos eventos el vencimiento del periodo produce la separación inmediata del cargo:

"El vencimiento del periodo institucional por tratarse de un cargo de elección, ya sea por mandato constitucional o legal, de un servidor público,

produce su separación automática del cargo y en tal virtud, debe dejar válidamente de desempeñar las funciones del mismo, sin que incurra en abandono del cargo, puesto que el carácter institucional del periodo hace imperativo que tan pronto el funcionario lo cumpla, cese inmediatamente en sus atribuciones y no desarrolle actuación adicional alguna al vencimiento del término, pues ya carece de competencia para ello.

En este aspecto la Sala considera que el artículo 281 del Código de Régimen Político y Municipal, ley 4 de 1913, se encuentra derogado en cuando a se refiere a cargos públicos de elección cuyos periodos son institucionales (...)

El carácter institucional del período, de acuerdo con el actual parágrafo del artículo 125 de la Carta[13], implica que el plazo es imperativo, de forzoso cumplimiento, de manera que no se puede extender el ejercicio del cargo más allá del terminó y en este sentido se debe entender derogada la disposición transcrita para los empleos de elección por periodo fijo."

En este mismo sentido la Sala reiteró en otra oportunidad posterior que respecto de los funcionarios de periodo institucional no opera la regla de continuidad "*sino de desinvestidura automática, que les obliga a la separación inmediata del cargo al vencimiento de su periodo, sin que ello produzca abandono del cargo*"[14]

Además, como indicó la Sala recientemente en Concepto 2270 de 2015, la extensión del periodo de *funcionarios activos* debe fundarse en un fin constitucionalmente valido y estar prevista en una norma expresa que así lo disponga, situación está que no se da en el caso analizado.

En síntesis, si al vencimiento del periodo de los actuales contralores territoriales no se ha producido aun la elección de quienes han de reemplazarlos, las vacantes deberán ser provistas en la forma indicada en las Leyes 134 de 1994 y 330 de 1996, según corresponda, sin que en ningún caso pueda prorrogarse la permanencia de quienes actualmente ocupan tales cargos.

Con base en lo anterior.

(III) La Sala RESPONDE:

1. ¿El Acto Legislativo 2 de 2015 dejó sin competencia a los tribunales superiores de distrito Judicial y a los tribunales de lo contencioso administrativo para que integren las ternas de candidatos para la elección de contralor departamental, municipal o distrital, ante las asambleas y concejos, según corresponda, para el periodo 2016-2019?

Sí. El artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015, que modifico el artículo 272 de la Constitución Política, dejo sin competencia a los tribunales superiores de distrito judicial y a los tribunales contencioso administrativos para participar en el proceso de elección de los contralores departamentales, municipales y distritales.

2. De no ser posible constitucionalmente que los tribunales presenten ternas de candidatos para la elección de contralor departamental, municipal o distrital), ¿es necesario esperar a que el legislador establezca los requisitos y procedimientos que deben seguir las corporaciones públicas para adelantar la selección y que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito? o ¿es posible que las Asambleas y Concejos fijen directamente tos requisitos y procedimientos que garanticen los principios y criterios de que trata el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015 para la selección de contralores departamentales, distritales y municipales?

Las Asambleas Departamentales y las Concejos Municipales y Distritales no pueden desarrollar directamente el artículo 272 de la Constitución Política para establecer, sin sujeción a la ley, las reglas de la convocatoria pública que debe realizarse como paso previo a la elección de contralores territoriales.

En todo caso, la inexistencia de una ley específica que desarrolle los artículos 126 y 272 de la Constitución Política no impide la elección de los contralores territoriales por parte de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales, en la medida en que estos organismos pueden acudir por analogía a la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario 2485 de 2014 (compilado en el Titulo 27 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015), que regulan el concurso público de méritos para la elección de personero.

3. Si la respuesta al anterior interrogante es que debe esperarse a que el legislador defina a través de una ley las reglas de la convocatoria publica y el proceso de selección del contralor departamental, distrital y municipal ¿es viable que los contralores que estén ejerciendo sus funciones a 31 de diciembre de 2015, permanezcan en el desempeño de sus empleos hasta que quien deba reemplazarlos en forma legal tome posesión en el mismo, teniendo en cuenta que dicho cargo no es de elección popular?

4. De no ser viable la anterior alternativa ¿este empleo se podrá proveer mediante encargo mientras que el legislador fija las reglas de la convocatoria pública y el proceso de selección del contralor departamental, distrital y municipal, y las asambleas y concejos adelantan los respetivos concursos?

Si se produce algún retraso en la elección de los nuevos contralores territoriales, los concejos municipales y distritales y las asambleas departamentales deberán proveer los cargos de manera temporal con base en lo establecido en las Leyes 136 de 1994 y 330 de 1996, respectivamente. En ningún caso los actuales contralores departamentales, municipales y distritales pueden permanecer en sus cargos al vencimiento de su período.

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

WILLIAM ZAMBRANO CETINA
Presidente de la Sala

GERMÁN BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 En relación con la modificación del inciso 8, la norma anterior establecía: *"No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia."*

2 "Artículo 126, (…) 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 principio de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección."

3 Sentencia C-652 de 2003.

4 Sentencia C-957 de 2007.

5 Aplica en este punto lo indicado por la Corte Constitucional, en el sentido de que la Constitución es ley, "en su expresión más primigenia y genuina" (Sentencia C-739 de 2001).

6 "5.2 Al ratificar el principio de supremacía de la Constitución, y reconocer que la Constitución es norma de normas -art. 4° Superior-, la Corte ha reiterado la estructura piramidal, jerárquica a estratificada de las normas dentro del ordenamiento jurídico, de manera que las normas inferiores deben ajustarse a las superiores y finalmente todas deben ajustarse a la Constitución, que es *norma normarum*", (Sentencia T-954 de 2013, basada a su vez en Sentencia C-131 de 1993)

7 Sentencia C-414 de 2012. Ver también Sentencia C- 355 de 2008: "Así, el principio de legalidad se configura como un elemento esencial del Estado de Derecho, de forma tal que es presupuesto de los otros elementos que lo integran. Este principio surge debido a la confluencia de dos postulados básicos de la ideología liberal: de una parte. la intención de establecer un gobierno de leyes, no de hombres (*government of laws, nor of men*), *esto es, un sistema de gobierno que rechace las decisiones subjetivas y arbitrarias del monarce por un régimen de dominación objetiva, igualitaria y pre visible, basado en normas generales*" (…), y de otra, el postulado de la ley como expresión de la soberanía popular, el principio democrático, según el cual la soberanía está en cabeza del pueblo y se expresa mediante la decisión de sus representantes, en la ley."

8 "(...) todas las disposiciones de la Carta han de ser analizadas a la luz del principio de optimización, esto es, buscando la mayor eficacia de sus componentes sustanciales". (Sentencia C-915 de 2001)

9 Compilado en el Título 27 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015.

10 En este Concepto 2274 de 2015 la Sala revisó con detenimiento los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015, en los cuales aparece claramente que el Congreso de la Republica quiso diferenciar la convocatoria pública del concurso publico de méritos en que no habría un orden de elegibilidad entre los candidatos. "De este modo, además de que literalmente se trata de expresiones distintas y que el nuevo artículo 126 Constitucional alude a una y otra coma figuras separadas (al señalar que la convocatoria aplicará "*salvo los concursos regulados por la ley*'), la Sala observa que los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015 ratifican que el constituyente derivado quiso *diferenciar la convocatoria pública del concurso publico de méritos* del artículo 125 de .la Constitución Política, particularmente porque en los procesos de elección mediante convocatoria pública no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superan las etapas de selección, tal como ocurre en los concursos de méritos." Ver entre otras, Gacetas del Congreso 123 y 479 de 2015.

11 "Artículo 281. Ningún empleado administrativo dejara de funcionar, aunque su periodo haya terminado, sino luego de que se presente a reemplazarlo el que haya sido nombrado para el efecto, o el suplente respectivo".

12 Artículo 125 C.P.: "(...) Parágrafo. Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley *para cargos de elección* tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido." sobre la expresión "cargo de elección" la Sala ha señalado que se trata de una expresión genérica que comprende los cargos de elección popular y también, como sucede en el caso analizado, los cargos "*cuya provisión se hace por el sistema de elección de cuerpos colegiados o con la intervención de varias autoridades*". (Concepto 2095 de 2012).

13 El artículo 125 de la Constitución establece lo siguiente:
"*Artículo 125.-* Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, las de trabajadores oficiales y las demás que determine la ley.
(…)

Parágrafo (Adicionado por el Acto Legislativo No. 1 de 2003, art. 6°).- Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido'' (Resalta la Sala).

14 Concepto 2023 de 2010.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 09:35:54