**CONSEJO DE ESTADO**
**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**
**SECCIÓN SEGUNDA – SUBSECCIÓN A**

**Consejero ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**Bogotá, D. C., nueve (09) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)**

| | |
|---|---|
| **Referencia:** | NULIDAD |
| **Radicación:** | 11001-03-25-000-2015-01089-00 (4824-2015)<br>11001-03-25-000-2016-00001-00 (0001-2016)<br>(ACUMULADO) |
| **Demandantes:** | JOSÉ IGNACIO ARANGO BERNAL Y OTRO |
| **Demandados:** | DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Y OTRO |
| **Temas:** | Concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales. |

**SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA** **O-275-2019**

## 1. ASUNTO

La Sala dicta la sentencia que en derecho corresponda en los procesos judiciales[1] tramitados en virtud del medio de control de nulidad de que trata el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011 que ejercieron los señores (i) David Alonso Roa Salguero[2] en contra del Departamento Administrativo de la Función Pública[3] y (ii) José Ignacio Arango Bernal en contra de esta última entidad y de la Nación, Ministerio del Interior y de Justicia[4].

[1] Los procesos 11001-03-25-000-2015-01089-00 (4824-2015) y 11001-03-25-000-2016-00001-00 (0001-2016) fueron acumulados mediante auto del 15 de noviembre de 2016 (Ff. 88 y 89, cuaderno principal del expediente 4824-2015).
[2] Presentó la demanda en ejercicio del medio de control de nulidad por inconstitucionalidad consagrado en el artículo 135 del CPACA, sin embargo su trámite fue adecuado en auto del 15 de febrero de 2016 al de nulidad simple (Ff. 16-20, cuaderno principal del expediente 0001-2016).
[3] Radicado 11001-03-25-000-2016-00001-00 (expediente 0001-2016).
[4] Radicado 11001-03-25-000-2015-01089-00 (expediente 4824-2015).

## 2. DEMANDAS

### 2.1. PROCESO 11001-03-25-000-2015-01089-00 (4824-2015)[5]

#### 2.1.1. Pretensiones

**Principal:** Que se declare la nulidad del Decreto 2485 de 2014, así como del Título 27 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, artículos 2.2.27.1 al 2.2.27.6., por medio de los cuales «se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para elección de personeros municipales».

**Subsidiaria:** Que se declare la nulidad del artículo 4 del Decreto 2485 de 2014, compilado en el artículo 2.2.27.4 del mencionado Decreto 1083 de 2015.

#### 2.1.2. Normas violadas y concepto de violación

En la demanda se invocaron como normas vulneradas el preámbulo y los artículos 1, 2, 40, 189-11, 150, 287 y 313-8 de la Constitución Política; 2, inciso 4, del Acto Legislativo 2 de 2005; 35, inciso 1, de la Ley 1551 de 2012; y 37 de la Ley 1437 de 2011.

Como concepto de violación, manifestó que los actos demandados incurrían en las siguientes causales de nulidad:

- **Falta de competencia por existir reserva de ley:** Adujo que los actos administrativos demandados adolecen de este vicio porque la regulación del proceso de elección de personeros municipales es una materia sometida a reserva de ley.

Al respecto, explicó que así lo disponen los artículos (i) 313 superior, numeral 8, que prevé que a los concejos municipales les corresponde «Elegir personero para el periodo que fije la ley y los demás funcionarios que esta determine»; (ii) 35 de la Ley 1551 de 2012, que modificó el 170 de la Ley 136 de 1994, según el cual los personeros deben elegirse «[...] previo concurso público de méritos de conformidad con la ley vigente [...]»; (iii) artículo 2, inciso 4, del Acto Legislativo 02 de 2015, que dispuso que «[...] la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley [...]». Además, señalo que así lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia C-105 de 2013.

- **Falta de competencia por exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria y desconocimiento de normas superiores en que debía fundarse:** Puntualmente en lo que se refiere al artículo 4 del Decreto 2485 de

[5] Ff. 8-37, cuaderno principal del expediente 4824-2015.

2014, la demanda precisó que vulnera el principio democrático porque si la vacante del empleo de personero debe proveerse con quien ocupe el primer puesto de la lista, ello implica omitir la deliberación necesaria que merece un proceso de elección de tal naturaleza, confundiéndolo abiertamente con aquellos previstos para los empleos de carrera.

En punto a este reproche, indicó que el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que modificó el 170 de la Ley 136 de 1994, no reguló en modo alguno que la vacante se ocuparía con la persona que quede en el primer puesto de la lista. De ello emerge que, a través del acto acusado, el Gobierno Nacional se extralimitó en el ejercicio de la facultad reglamentaria, desnaturalizando la intención que tuvo la Ley 1551 de 2012 de favorecer el debate democrático y la participación ciudadana a través de los concejos municipales, en un proceso novedoso que, si bien pretendía privilegiar el mérito, nunca buscó vaciar de competencia a dichas corporaciones para elegir al personero municipal.

En línea con lo anterior, adujo que, para encontrar un punto de equilibrio entre las competencias de los concejos municipales y distritales, por un lado, y el mérito en la escogencia de personeros, por el otro, la lista de elegibles debería permitir la preselección de varios candidatos entre quienes obtuvieron los más altos puntajes a efectos de que, entre ellos, los concejales abran un diálogo democrático fruto del cual puedan elegir a quien debe ocupar el cargo. Agregó que la anterior situación se traducía en el desconocimiento del principio de autonomía de las entidades territoriales.

## 2.2. PROCESO 11001-03-25-000-2016-00001-00 (0001-2016)[6]

### 2.2.1. Pretensiones

**Primera:** Que se declare la nulidad parcial del artículo 2.2.27.4. del Decreto 1083 de 2015, respecto de la expresión «con la persona que ocupe el primer puesto de la lista».

**Segunda:** Que se declare que los concejos municipales podrán elegir a quien consideren de la lista de elegibles que arroje el proceso de selección en concurso público de méritos.

### 2.2.2. Normas violadas y concepto de violación

El demandante estimó vulnerados los artículos 313, numeral 8, de la Constitución Política; 35 y 170 de la Ley 136 de 1994, este último modificado por el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

[6] Ff. 5-13, cuaderno principal del expediente 0001-2016.

Como concepto de violación, expresó que el acto administrativo parcialmente acusado resulta nulo debido a la **falta de competencia por exceso en el ejercicio de la facultad reglamentaria y desconocimiento de normas superiores en que debía fundarse**. Al respecto, indicó que el artículo 313 superior, numeral 8, dispone que el concejo municipal elegirá al personero municipal, lo que supone de conformidad con el significado de dicho verbo que la corporación pública debe tener la facultad de seleccionar entre varias opciones a la persona que ocupará el cargo, lo que no se garantiza con la norma demandada puesto que su contenido desnaturaliza ese proceso de selección a un simple acto protocolario en el que los concejales se ven obligados a dar su voto al candidato que se ubique primero en la lista de elegibles.

En línea con lo anterior, manifestó que en este caso se configurarían los supuestos que la Corte Constitucional precisó en sentencia C-105 de 2013 para predicar un vaciamiento de las competencias constitucionalmente atribuidas a los órganos de las entidades territoriales en la elección de servidores públicos que no son de carrera.

## 3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

### 3.1. PROCESO 11001-03-25-000-2015-01089-00 (4824-2015)

**Nación, Ministerio del Interior**[7]

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con apoyo en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, indicó lo complejo que resulta definir los límites de la competencia del ejecutivo cuando ejerce función reglamentaria, destacando en ese sentido la facilidad con la que cualquier desarrollo podría calificarse, *prima facie,* como una alteración del núcleo esencial del derecho o la figura regulada.

Asimismo, llamó la atención en cuanto a que el término «ley» no debe entenderse necesariamente como la voluntad del legislador pues una lectura más amplia del concepto permite incluir las diferentes manifestaciones normativas.

De otro lado, afirmó que el contenido de los actos administrativos demandados no es novedoso, siendo una reproducción de principios que ya se habían contemplado en normas superiores que regulan lo relativo al concurso de méritos, tales como las Leyes 443 de 1998 y 909 de 2004. Agregó que es precisamente el silencio de ciertas normas, en este caso de la Ley 1551 de 2012, el que exige la intervención de ejecutivo por medio del uso de la potestad reglamentaria.

[7] Ff. 68-74, cuaderno principal del expediente 4824-2015.

Con base en ello, sostuvo que los decretos acusados se enmarcan dentro del término «ley» establecido en los artículos 2 del Acto Legislativo 2 de 2015 y 35 de la Ley 1551 de 2012, por lo que no resultaba viable predicar el quebrantamiento del principio de reserva legislativa.

De igual manera, negó que aquellos actos hubieran creado supuestos normativos ajenos a las normas reglamentadas o que en su expedición el ejecutivo hubiese extralimitado el ejercicio de su facultad reglamentaria, último punto frente al cual resaltó que las funciones técnicas que le corresponden a las entidades demandadas se encuentran en armonía con las temáticas que desarrolló la Ley 136 de 1994, modificada por la Ley 1551 de 2012.

Aunado a lo anterior, puso de presente que la Sala de Consulta y Servicio Civil, por medio de concepto del 3 de agosto de 2014 (expediente 2261-14), ratificó la vigencia del Decreto 2485 de 2014, de la Ley 1551 de 2012 y del tipo de elección que esta prevé en relación con los personeros.

En cuanto a los reproches que formuló la demanda frente al artículo 4 del Decreto 2485 de 2015, señaló que estos se desvirtúan con sustento en la sentencia C-105 de 2013, en la que la Corte Constitucional negó que la exigencia de un concurso público de méritos para elegir a los personeros municipales contraviniese el principio democrático. Indicó también que la providencia hizo énfasis en la necesidad de que la elección de cargos de esa naturaleza se encuentre precedida de un procedimiento que garantice que el funcionario electo sea imparcial y ajeno a vínculos de orden político.

Por último, en punto a la alegada afectación de la autonomía de los entes territoriales, adujo que esta resulta constitucionalmente aceptable cuando su limitación deviene proporcionada y razonable en virtud de la necesidad de salvaguardar principios que en el caso concreto resultan superiores.

**Departamento Administrativo de la Función Pública**[8]

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerar que el demandante no había logrado desvirtuar la presunción de legalidad de los actos administrativos acusados. Como fundamento de esta posición, señaló que el Gobierno Nacional se encontraba facultado para que en desarrollo de la Ley 1551 de 2012, fijara los estándares mínimos del concurso público y abierto de méritos en aras de elegir los personeros municipales, máxime cuando dicha reglamentación, además de ajustarse al artículo 313-8 de la Constitución, al artículo 35 de la citada Ley y a la sentencia C-105 de 2013, en nada afecta la autonomía de las entidades territoriales, ni vacía la competencia de los concejos

[8] Ff. 75-82, cuaderno principal del expediente 4824-2015.

municipales en lo que se refiere al control y direccionamiento efectivo del concurso.

Adicionalmente, sostuvo que el Consejo de Estado ya se había pronunciado sobre la problemática jurídica planteada a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil, quien en Conceptos 2261 de 2015, 2274 de 2015 y 2283 de 2016 sostuvo que los personeros deben ser nombrados en estricto orden de mérito como resultado de un concurso abierto y público.

Finalmente, precisó que no existen fundamentos para colegir la vulneración del artículo 313-8 superior toda vez que este no ordena que los personeros sean elegidos por un sistema de ternas u otra figura semejante, con el consecuente desconocimiento de las listas de elegibles conformadas en los procesos meritocráticos.

### 3.2. PROCESO 11001-03-25-000-2016-00001-00 (0001-2016)

**Departamento Administrativo de la Función Pública**[9]

La entidad formuló oposición a las pretensiones de la demanda con apoyo en los mismos argumentos que presentó en el proceso con radicado 11001-03-25-000-2015-01089-00 (4824-2015).

## 4. INTERVENCIÓN DE TERCEROS

**Delio Andrés Vargas Guerrero**[10]

Se vinculó al proceso en calidad de coadyuvante de la parte demandante por considerar que el Decreto 2485 de 2014 y el Título 27 del Decreto 1083 de 2015 están viciados de nulidad al incurrir en las causales de falta de competencia y violación de normas superiores. Con tal fin, estimó vulnerados el preámbulo y los artículos 1, 2, 40, 189-11, 150, 287 y 313-8 de la Constitución Política; 2, inciso 4, del Acto Legislativo 2 de 2005; y 35, inciso 1, de la Ley 1551 de 2012.

## 5. DECISIONES RELEVANTES EN LA AUDIENCIA INICIAL

En el marco de la parte oral del proceso bajo la Ley 1437 de 2011, la principal función de la audiencia inicial es la de precisar el objeto del proceso y de la

[9] Ff. 30-36, cuaderno principal del expediente 0001-2016.
[10] Fue reconocido en el expediente como tercero interviniente en calidad de coadyuvante del demandante a través de auto del 27 de julio de 2017 (Ff. 103-105, cuaderno medidas cautelares).

prueba. En esta etapa se revelan los extremos de la demanda o de su reforma, de la contestación o de la reconvención. Además, se conciertan las principales decisiones que guiarán el juicio.

Con fundamento en lo anterior, se resumen los puntos más importantes de la audiencia inicial, a modo de antecedentes:

**[...] EXCEPCIONES PREVIAS O MIXTAS (art. 180-6 CPACA)**

Las demandadas no propusieron ninguna excepción previa ni mixta. Por su parte, el despacho no encontró probada ninguna otra de las enlistadas en el artículo 100 del CGP ni de las enunciadas en el numeral 6 del artículo 180 del CPACA.

Decisión notificada en estrados.

[...]

**FIJACIÓN DEL LITIGIO (art. 180-7 CPACA)**[11]

[...] Del análisis de las pretensiones, el concepto de violación de ambas demandas y las contestaciones, el despacho, de manera provisional, fijó los siguientes **problemas jurídicos**, que se contraen a determinar si los actos demandados son nulos por las causales de violación de las normas en que debían fundarse y por falta de competencia, así:

**Primero:** ¿La materia objeto de los actos administrativos acusados está sometida a reserva de ley y, por ende, es totalmente nulo el Decreto 2485 de 2014 y parcialmente el Decreto 1083 de 2015, al haberse expedido por las entidades demandadas?

**Segundo:** ¿El Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015?

**Tercero:** ¿Son nulos los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 por desconocimiento del principio democrático y el de autonomía de las entidades territoriales?

Interrogados el apoderado del Ministerio de Interior y el Ministerio Público frente a los problemas jurídicos planteados, manifestaron estar conformes.

Decisión notificada en estrados [...]

[11] La fijación del litigio es la piedra basal del juicio por audiencias; la relación entre ella y la sentencia es la de «tuerca y tornillo», porque es guía y ajuste de esta última. Hernández Gómez William, actualmente Consejero de Estado, Sección Segunda (2015). Módulo Audiencia inicial y audiencia de pruebas. EJRLB.

## 6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

**David Alonso Roa Salguero**[12]

En sus alegatos de conclusión reiteró brevemente que el acto administrativo demandado debe declararse nulo toda vez que desconoce la facultad que tienen los concejos municipales para elegir discrecionalmente al personero, por disposición del artículo 313 superior, numeral 8.

**Departamento Administrativo de la Función Pública**[13]

En esta etapa procesal confirmó los argumentos expuestos en la contestación de la demanda relativos a sostener que los actos acusados son el reflejo de un adecuado y riguroso desarrollo de lo que establecen el artículo 313.numeral 8 de la Constitución Política, la Ley 1551 de 2012 y las reglas que la jurisprudencia constitucional ha sentado en materia de concursos de personeros. En tales condiciones, afirmó, los cuestionamientos de los demandantes resultan infundados.

**Ministerio del Interior**[14]

En sus alegatos de conclusión se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, para lo cual reprodujo lo expuesto en la contestación de aquella.

## 7. MINISTERIO PÚBLICO

No se pronunció en esta oportunidad procesal.

## 8. CONSIDERACIONES

### 8.1. Cuestiones preliminares

#### i) Clasificación del empleo público y su provisión

El artículo 40, numeral 7, de la Constitución Política consagra el derecho de acceso a cargos públicos, el cual ha sido entendido como la garantía que le asiste a todo ciudadano de participar en un determinado proceso de selección para aspirar a un empleo público, una vez cumplidos los requisitos previstos para tal fin. Asimismo, dentro de la esfera de protección de tal derecho, a quien ha sido

[12] Ff. 127-129, cuaderno principal expediente 4824-2015.
[13] Ff. 123-126, cuaderno principal expediente 4824-2015.
[14] Ff. 130-135, cuaderno principal expediente 4824-2015.

nombrado y posesionado en un cargo de dicha naturaleza debe garantizársele no ser removido arbitrariamente de este, al igual que las condiciones necesarias para el normal desempeño de sus funciones.

La Corte Constitucional ha destacado la categoría de derecho fundamental que ostenta aquel en la medida en que, al promover la participación ciudadana en la conformación, ejercicio y control del poder político, permite lograr la efectividad de la democracia participativa.

Ahora bien, la forma de acceso al empleo público dependerá de la tipología dentro de la cual pueda enmarcarse el cargo respectivo. Los criterios de clasificación del personal al servicio de la administración pública se encuentran contenidos esencialmente en los artículos 123 y 125 superiores. De acuerdo con el primero de ellos, es posible establecer una categoría general denominada «servidores públicos», dentro de la que están comprendidos 1) los miembros de las corporaciones públicas; 2) los trabajadores oficiales; y 3) los empleados públicos.

Por su parte, el artículo 125 *ibidem* consagra como tipos de empleo público los (i) de carrera; (ii) de libre nombramiento y remoción; (iii) de elección popular; (iv) de trabajador oficial y (v) los demás que determinen la Constitución y la ley, últimos dentro de los cuales pueden identificarse los empleos de periodo fijo; los temporales; y aquellos cuyas funciones deban ser ejercidas en las comunidades indígenas[15].

Cada uno de estos estos empleos es provisto de diferente forma según la tipología a la que respondan. Así, el sistema de provisión de los cargos de carrera está dado por el concurso público[16], el cual constituye la regla general pues ha de aplicar a los empleos de dicha naturaleza y a cualquier otro, cuando la Constitución o la ley no hayan determinado uno distinto. En tales eventos, una vez elegida la persona que ha de ocupar el puesto conforme a las reglas del concurso, esta debe ser nombrada en periodo de prueba[17] por un término de seis

[15] Artículo 5 de la Ley 909 de 2004.
[16] El artículo 21 inciso 1 de la Ley 909 de 2004 prevé que «[...] Los empleos de carrera administrativa se proveerán en período de prueba o en ascenso con las personas que hayan sido seleccionadas mediante el sistema de mérito, según lo establecido en el Título V de esta ley [...]».
[17] Respecto de esta etapa del proceso de selección, el numeral 5 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 señala lo siguiente: «[...] Período de prueba. La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento. Aprobado dicho período al obtener evaluación satisfactoria el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente. El empleado inscrito en el Registro Público de Carrera Administrativa que supere un concurso será nombrado en período de prueba, al final del cual se le actualizará su inscripción en el Registro Público, si obtiene calificación satisfactoria en la evaluación del desempeño laboral. En caso contrario, regresará al empleo que venía desempeñando antes del concurso y conserva su inscripción en

meses, al final del cual se le evalúa el desempeño. Si la calificación es satisfactoria se entenderá aprobado el periodo de prueba y, en consecuencia, el concursante adquiere los derechos de carrera respecto del empleo ofertado.

De otro lado, la característica esencial de los cargos de libre nombramiento y remoción[18] es la discrecionalidad de que goza el nominador a efectos de vincular y retirar al servidor público de la administración. El nombramiento de estos servidores públicos es de naturaleza ordinaria[19] en la medida en que basta el acto que así lo disponga y la aceptación por parte del funcionario designado, quien previamente deberá haber acreditado el lleno de los requisitos exigidos para desempeñar el empleo.

Los empleos de elección popular, por su parte, son aquellos cuya provisión debe surtirse con el candidato que el pueblo haya elegido para el periodo institucionalmente establecido, a través del ejercicio del derecho al voto.

Ahora, los trabajadores oficiales[20] son servidores que se vinculan laboralmente a la administración pública mediante un contrato de trabajo que regula la prestación del servicio bajo condiciones especiales que difieren de aquellas previstas en la parte individual del CST.

Por último, se encuentran los demás cargos públicos que consagre la Constitución o la ley, categoría dentro de la cual aparecen los empleos temporales[21] como aquellos que se crean para (i) cumplir funciones que no son desempeñadas por el personal de la planta de la entidad por resultar ajenas a

---

la carrera administrativa. Mientras se produce la calificación del período de prueba, el cargo del cual era titular el empleado ascendido podrá ser provisto por encargo o mediante nombramiento provisional [...]».

[18] Además de aquellos que expresamente la Constitución ha identificado como tales (189-1; 189-2; 189-13; 266; 305-5), son de libre nombramiento y remoción los empleos que así defina el legislador atendiendo a criterios como (i) la confianza cualificada que requiere el desempeño de las funciones asignadas; (ii) un contenido funcional del empleo que se traduzca en responsabilidades de dirección, conducción y orientación institucional y (iii) la ubicación del cargo en el nivel jerárquico de la respectiva entidad. Al respecto puede consultarse el artículo 5 la Ley 909 de 2004.

[19] El artículo 21 inciso 2 de la Ley 909 de 2004 señala que «[...] Los empleos de libre nombramiento y remoción serán provistos por nombramiento ordinario, previo el cumplimiento de los requisitos exigidos para el desempeño del empleo y el procedimiento establecido en esta ley [...]».

[20] El ordenamiento jurídico se vale de dos mecanismos para establecer los empleos públicos que corresponden a esta modalidad. El primero, que integra los criterios orgánico y funcional, se encuentra descrito en el inciso 1.º del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, con apoyo en el cual es viable afirmar que son trabajadores oficiales las personas que presten servicios de construcción y sostenimiento de obras públicas en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos. El segundo responde a la libertad de configuración del legislador cuando dispone que las personas que presten sus servicios a determinadas entidades (Empresas industriales y comerciales del Estado, entes universitarios autónomos, empresas de servicios públicos domiciliarios; corporaciones autónomas regionales; empresas sociales del Estado) ostenten la condición de trabajadores oficiales.

[21] Artículo 21 de la Ley 909 de 2004.

las actividades de las que esta se ocupa permanentemente, (ii) desarrollar programas o proyectos de duración determinada, (iii) suplir necesidades de personal por una sobrecarga de trabajo que se origine en hechos excepcionales, y (iv) desarrollar labores de consultoría y asesoría institucional.

La provisión de estos cargos, de acuerdo con la interpretación constitucional realizada en sentencia C-288 de 2014, debe efectuarse, en primer lugar, con la lista de elegibles vigente para la provisión de empleos de carácter permanente. Si ello no resulta posible por faltar de dicha lista, debe dársele prioridad a quienes, encontrándose en carrera administrativa, reúnan los requisitos para el cargo y trabajen en la misma entidad, mediante la realización de un proceso de selección en el que se garantice la libre concurrencia y en el que la escogencia del servidor público tenga «[…] en cuenta exclusivamente factores objetivos como: el grado de estudios, la puntuación obtenida en evaluaciones de Estado como las pruebas ICFES, ECAES, Saber Pro y Saber, la experiencia en el cumplimiento de funciones señaladas en el perfil de competencias y otros factores directamente relacionados con la función a desarrollar […]»[22].

La ley se ocupó igualmente de crear los empleos de periodo fijo, los cuales han sido diseñados para que su provisión sea por un lapso previamente determinado[23]. En estos la provisión tiene lugar, en unos casos, a través del ejercicio de una facultad discrecional de selección y, en otros, mediante una convocatoria pública reglada en la que deben fijarse requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito.

Por otro lado, dentro de los tipos de empleo público creados por disposición legal se encuentran aquellos cuyas funciones deben ser ejercidas en las comunidades indígenas, los cuales se someten a la autonomía que se le reconoce a estos pueblos, última que les confiere la potestad para darse sus propias autoridades, al igual que la competencia para establecer normas y procedimientos propios.

Finalmente, es importante señalar que, aunque en principio la naturaleza del cargo público define su forma de provisión en los términos anotados, es factible que, en algunos empleos que no son de carrera, las vacantes sean provistas a través de la realización de un concurso público de mérito. En otras palabras, a pesar de que este último es el proceso de selección obligatorio para los empleos de carrera, no es exclusivo de estos, porque también es viable que la Constitución o la ley dispongan su aplicación para cargos de otra índole.

[22] Sentencia C-288 del 20 de mayo de 2014.
[23] Es importante anotar que a pesar de que los empleos de elección popular están llamados a ejercerse durante un lapso definido, éstos constituyen una categoría diferente de la de empleo de periodo fijo, lo que denota la imprecisión en la que incurrió el legislador en el artículo 5 de la Ley 909 de 2004 al consagrar esta tipología de cargos.

Se ha abierto paso a esta posibilidad bajo el entendido de que el concurso público es la forma de provisión del empleo que materializa en mayor medida el mérito. En ese sentido, siendo este un principio rector de la función pública[24] que concreta otros principios como los de transparencia, moralidad, imparcialidad e igualdad, toda vez que permite asegurar que aquella sea desarrollada por los mejores y más capacitados funcionarios, la consagración del concurso público para la provisión de empleos, diferentes a los de carrera, aunque no es forzoso, sí resulta razonable y ajustado a derecho.

Según la regla jurisprudencial sentada por la Corte Constitucional[25] en la materia, excepción hecha de los cargos elegidos a través del ejercicio del derecho al voto[26], en el caso de los empleos públicos sometidos a un periodo fijo y de los de libre nombramiento y remoción, el concurso público aparece como un proceso de selección admisible, aunque no obligatorio. Ello sucede, por ejemplo, con la elección del registrador Nacional del estado civil, el que a pesar de tratarse de un empleo de periodo, por disposición del artículo 266 de la Carta Política, debe ser «[...] escogido por los Presidentes de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, mediante concurso de méritos organizado según la ley [...]»[27].

Las características anotadas según la tipología de empleos públicos pueden sintetizarse en el siguiente esquema:

---

[24] El mérito es un principio transversal a la Constitución de 1991. El hecho de que las calidades intelectuales, personales, académicas y laborales aparezcan como criterios esenciales en la provisión de los empleos públicos, juega tanto a favor de los trabajadores como en beneficio del Estado, último que de esta forma logra atender de la mejor manera las necesidades del servicio y los intereses de la comunidad.

[25] Al respecto, la sentencia C-105 de 2013 (expediente D-9237 y D-9238) señaló que «[...] la obligatoriedad de este sistema en los cargos de carrera no excluye su utilización en aquellos que no tienen este carácter. Por el contrario, como según el texto constitucional el concurso es la regla general, las excepciones que se establezcan en el derecho positivo deben estar respaldadas y justificadas en los principios y fines del propio ordenamiento constitucional. En segundo lugar, 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 [...]»

[26] En estos casos la provisión compete a una autoridad administrativa de representación popular, como el presidente de la República, los gobernadores, los alcaldes, las asambleas departamentales y los concejos distritales o municipales.

[27] Esta Corporación tuvo la oportunidad de pronunciarse recientemente sobre la materia al conocer de la demanda interpuesta en contra de los Acuerdos 001 y 002 de 2019, expedidos por los presidentes de la Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado, a efectos de reglamentar el concurso de méritos para la elección del registrador nacional del estado civil. Así, en sentencia del 28 de octubre de 2019 (radicado 11001031500020190048800, expediente 3641-2019), esta Subsección destacó que el proceso de selección previsto en el caso de aquel funcionario es un verdadero concurso público de méritos. Además, indicó que los artículos 126 y 266 de la Constitución Política deben interpretarse armónicamente en el entendido de que los principios de transparencia, publicidad, participación ciudadana y equidad de género que consagra el primero de tales preceptos para las convocatorias públicas de los funcionarios elegidos por corporaciones públicas, al ser principios constitucionales, también resultan aplicables al proceso de selección del registrador nacional.

| | | | PROVISIÓN | NOMBRAMIENTO | CARÁCTER |
|---|---|---|---|---|---|
| EMPLEOS PÚBLICOS | CARRERA | | Proceso de selección: Concurso público | Periodo de prueba | Principio general |
| | LIBRE NOMBRAMIENTO Y REMOCIÓN | | Facultad discrecional, salvo que la ley prevea la realización de concurso público | Ordinario, previo cumplimiento de requisitos. | Excepcional |
| | ELECCIÓN POPULAR | | Ejercicio del derecho al voto | N/A<br>Toma posesión del cargo | Excepcional |
| | TRABAJADORES OFICIALES | | Libertad contractual | N/A<br>Contrato de trabajo | Excepcional |
| | LOS DEMÁS QUE DETERMINEN LA C.P. O LA LEY | PERIODO FIJO | Facultad discrecional | Acto de nombramiento previo cumplimiento de requisitos | Excepcional |
| | | | Proceso de selección: Convocatoria pública | Acto de nombramiento previo cumplimiento de requisitos | |
| | | | Proceso de selección: concurso público expresamente consagrado en la Constitución o la ley | Acto de nombramiento previo cumplimiento de requisitos | |
| | | TEMPORAL | Lista de elegibles. En su defecto, proceso de selección interno | Acto de nombramiento previo cumplimiento de requisitos | |
| | | AQUELLOS CUYAS FUNCIONES DEBAN SER EJERCIDAS EN COMUNIDADES INDÍGENAS | Autonomía indígena: Potestad para darse autoridades propias y competencia para establecer normas y procedimientos propios | | |

### ii) Provisión de empleos públicos mediante procesos de selección

Lo visto hasta ahora enseña que para proveer los cargos de carrera y algunos de periodo fijo, el ordenamiento jurídico ha consagrado los procesos de selección, los cuales aluden a un conjunto de etapas que tiene como propósito evaluar la capacidad e idoneidad de los aspirantes a un determinado empleo público para ejercer las funciones y asumir las responsabilidades propias de éste, con el fin de escoger a aquel que ha de desempeñar el cargo en cuestión.

El concepto «proceso de selección» da cuenta de una categoría amplia o, si se quiere a un género, dentro del cual es factible identificar especies como el concurso público de méritos que según se anotó constituye la regla general en

la provisión de empleos, la convocatoria pública y cualquier otra clase de procedimiento que se ajuste a la caracterización anotada[28].

Visto lo anterior, es importante ahondar en la distinción existente entre el «concurso público de méritos» y «la convocatoria pública» pues a pesar de que ambos constituyen tipos de proceso de selección, cada uno tiene características propias y responde a dinámicas especiales.

En el ámbito de la función pública, el **concurso de méritos** puede definirse como un proceso de selección para el desempeño del empleo público, llevado a cabo con plena garantía de los principios de transparencia, objetividad e igualdad, en el que la escogencia del aspirante que habrá de ocuparlo se realiza **exclusivamente[29] con base en el mérito**, entendido este como el reconocimiento que le corresponde a una persona en razón de las capacidades, competencias y aptitudes que ha demostrado tener para el desempeño del contenido funcional del cargo de que se trate.

De esta forma, cuando la provisión del empleo se encuentra sometida a concurso público, siendo el mérito el único criterio por el que debe regirse la escogencia del empleado público, queda descartado cualquier mecanismo que represente para el empleador facultades discrecionales de selección de los aspirantes, pues aun cuando estas últimas no implicarían *per se* arbitrariedad, sí afectarían la exigencia de aplicación exclusiva de tal criterio.

Respecto de las etapas que han de surtirse en este tipo de procesos de selección, el artículo 31 de la Ley 909 de 2004[30] señaló que son (i) la convocatoria[31], (ii) el

[28] Sobre las diversas modalidades bajo las cuales puede llevarse a cabo un proceso de selección, la Corte Constitucional precisó lo siguiente en la sentencia C-123 de 2013 (expediente D-9243): «[…] algunos procesos de selección se valen de medios distintos del concurso para establecer las condiciones de los postulados al ejercicio de cargos públicos. Surge de lo anterior que los procesos de selección entre varios aspirantes son de variada índole, no obstante lo cual las distintas vías conducentes a escoger a quienes han de acceder al desempeño de cargos públicos tienen un común denominador, cual es el propósito de asegurar que finalmente resulte seleccionado el candidato que, en concurrencia con los demás y habiéndose sometido al mismo proceso de selección, haya demostrado poseer las mejores condiciones, atendidos los requerimientos del cargo al que se aspire […]».

[29] Así lo establece el artículo 27 de la Ley 909 de 2004 cuando regula el concurso público de méritos como mecanismo de provisión de los empleos públicos de carrera.

[30] Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.

[31] Según el numeral 1 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 «[…] es norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes […]».

reclutamiento[32], (iii) la aplicación de pruebas o instrumentos de selección[33], (iv) la conformación de lista de elegibles[34] y (v) el período de prueba[35].

En particular, es oportuno precisar los alcances de dos etapas: (i) de «pruebas o instrumentos de selección» y (ii) «conformación de las listas de elegibles». Veamos:

El propósito de la primera de ellas es el de evaluar la capacidad, idoneidad y cumplimiento de las aptitudes de los concursantes en relación con las calidades necesarias para ejercer efectivamente el contenido funcional del empleo público de que se trate.

Los resultados objetivos de las pruebas aplicadas son los que determinan el orden en que debe elaborarse el listado que contiene el nombre de las personas que habrán de ser designadas en las plazas vacantes, así lo indica el artículo 31, numeral 4, de la Ley 909 de 2004, que a su vez prevé que con la lista «[...] y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes [...]». Al respecto, la corte Constitucional ha indicado lo siguiente:

> [...] quien ocupe el primer lugar, de acuerdo con el puntaje obtenido, será el ganador y excluirá a los demás, en orden descendente. Si se procede de otro modo, habría que preguntarse, como lo hace el demandante, **¿para qué el concurso de méritos y calidades, si el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias?**[36] [...] (negrilla fuera del texto original)

En similar sentido, en T-610 de 2017, el máximo juez constitucional señaló que:

> [...] las etapas y pruebas de una convocatoria deben dirigirse a identificar las destrezas, aptitudes, experiencia, idoneidad, suficiencia, entre otras cualidades, calidades, competencias y capacidades de los candidatos. Una vez estas habilidades han sido calificadas de manera objetiva, **sólo aquél con mayor mérito debe ser designado en el respectivo cargo, con exclusión de los demás concursantes** [...][37] (negrilla fuera del texto original)

El análisis que antecede permite concluir que en los procesos que se adelantan bajo la modalidad del concurso público, la escogencia del participante atiende a la aplicación rigurosa y exclusiva del principio del mérito, sin que pueda existir otro parámetro al cual obedezca tal decisión.

---

[32] El numeral 2 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 dispone que «[...] tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso [...]».
[33] Artículo 31, numeral 3 de la Ley 909 de 2004.
[34] Artículo 31, numeral 4 de la Ley 909 de 2004.
[35] Artículo 31, numeral 5 de la Ley 909 de 2004.
[36] Corte constitucional, sentencia T-040-1995, expediente D-652.
[37] Corte constitucional, sentencia T-610-2017, expediente T-6177660.

De otro lado, aparece el sistema de convocatoria pública como un proceso de selección que involucra instrumentos de diferente naturaleza. Así, integra un componente meritocrático al disponer la aplicación de pruebas como una de sus etapas, pero también contempla uno de orden discrecional porque, a diferencia de lo que sucede en el concurso público, los resultados obtenidos no son concluyentes de la elección. Esta última se realiza por un órgano colegiado mediante la votación que hagan sus integrantes de una lista de elegibles cuyo orden no condiciona la decisión.

Lo anterior evidencia que, aunque este procedimiento prevé una primera fase clasificatoria en la que se aplican herramientas que responden exclusivamente al principio de mérito, como lo son las pruebas que permiten la conformación de aquel listado, en la elección final hay un importante margen de libertad para el nominador que le da la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos.

La aplicación de la convocatoria pública como modalidad de proceso de selección se contempló para la provisión de los siguientes cargos:

- Los servidores públicos que deban ser escogidos por las corporaciones públicas (Artículo 126 C.P. modificado mediante el Acto Legislativo 2 de 2015, artículo 2[38]).

- Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, quienes son elegidos por la respectiva Corporación, previa audiencia pública, de lista de diez elegibles enviada por el Consejo Superior de la Judicatura, tras una convocatoria pública reglada por la ley (Artículo 231 C.P.).

- Los siete magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial son escogidos por el Congreso en pleno, así: cuatro de ellos de ternas enviadas por el Consejo Superior de la Judicatura y los tres restantes, de ternas enviadas por el presidente de la República, en ambos casos previa convocatoria pública reglada (Artículo 257A C.P.).

- El contralor general de la República es elegido por el Congreso en pleno de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución (Artículo 267 C.P.).

- Los Contralores departamentales, distritales y municipales, quienes son elegidos por las asambleas departamentales, concejos municipales y distritales, de terna conformada por quienes obtienen los mayores puntajes en convocatoria pública realizada conforme a la ley (Artículo 272 C.P.).

[38] El inciso en comento prevé que «[...] 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 concepto del 10 de noviembre de 2015[39], la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación se ocupó de estudiar los antecedentes del Acto Legislativo 02 de 2015. Dicho pronunciamiento explicó las razones por las cuales, en el caso de los servidores públicos electos por corporaciones públicas, la reforma constitucional en cuestión optó por consagrar un sistema de convocatoria pública, en lugar de un concurso público de méritos. Sobre el particular señaló la referida Sala:

> [...] Se entendió que si se adoptaba un concurso público de méritos como tal, se obligaba al organismo nominador a nombrar de acuerdo con el orden de clasificación de los aspirantes, lo que se consideró como una reducción indebida de la autonomía de las corporaciones públicas. Por tanto, se dijo, era necesario acudir a un sistema transparente, público, objetivo y basado en el mérito, pero que fuera distinto al concurso público en cuanto permitiera al organismo elector escoger entre los varios candidatos que superaran la etapa de selección [...]

En relación con las diferencias existentes entre estos procesos de selección, el referido concepto sostuvo que la convocatoria pública «[...] comparte en lo sustancial los elementos propios del concurso público de méritos, salvo por el hecho de que no existe un orden de elegibilidad dentro de la lista de seleccionados [...]».

De conformidad con lo señalado, la Sala concluye que, los procesos de selección que regula, por un lado, el artículo 125 superior y, por otro, los artículos 126, 231, 257A, 267 y 272 *ibidem* no resultan equiparables. Mientras que en los primeros, esto es, en los concursos públicos existe un orden obligatorio de escogencia entre los aspirantes que superan las respectivas pruebas según como se haya conformado la lista de elegibles, en las convocatorias públicas se conserva cierto grado de valoración que permite seleccionar a cualquiera que se encuentre en dicha lista, con independencia del puesto ocupado o el orden allí establecido.

Sin embargo, esto no significa que sean radicalmente opuestos. De hecho, en esencia, tanto la convocatoria pública como el concurso público de méritos son procesos de selección del empleo público que deben basarse en el respeto de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, celeridad, publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito.

La Ley 909 de 2004 señaló en su artículo 2 que el mérito «[...] es un elemento sustantivo de los procesos de selección del personal que integra la función pública [...]» y, seguidamente, dispuso que su aplicación puede ajustarse a los empleos públicos de libre nombramiento y remoción. Esto significa que todo empleo público que sea provisto mediante un proceso de selección o en virtud de la facultad discrecional consagrada para los cargos de libre nombramiento y

[39] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil; expediente 2274.

remoción debe tener en cuenta la satisfacción del principio del mérito al momento de elegir a la persona que ha de ocuparlo.

La diferencia estará en la rigurosidad con la que, dependiendo de la forma de provisión del empleo, debe evaluarse el mérito. De acuerdo con ello y con la caracterización que se ha hecho hasta ahora, es posible esquematizar de la forma en la que sigue las escalas o grados de severidad con la que, en cada caso, debe calificarse tal criterio:

| SISTEMA DE PROVISIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO | MÉTODO DE EVALUACIÓN DEL MÉRITO | GRADUACIÓN DE LA EVALUACIÓN DEL MÉRITO |
|---|---|---|
| Concurso público | Aplicación de pruebas o instrumentos de selección | Estricta |
| Convocatoria pública | Aplicación de pruebas o instrumento de selección<br>+<br>Buen juicio del nominador | Intermedia |
| Facultad discrecional | Buen juicio del nominador | Leve |

Ahora bien, es importante anotar que en todo caso la aplicación de las pruebas o instrumentos de selección habrá de realizarse por la ESAP o universidades debidamente acreditadas ante el Ministerio de Educación, a fin de garantizar el mérito y los principios constitucionales antes descritos.

**(iii) Sentencia C-105 de 2013: Naturaleza del proceso de selección para la provisión del cargo de personero municipal**

La sentencia C-105 de 2013 declaró la constitucionalidad parcial del inciso 1 del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 en cuanto contempló que los personeros municipales deben elegirse por las corporaciones públicas «previo concurso de méritos».

Las principales razones de la Corte Constitucional que sustentan su decisión se resumen así: (i) la trascendencia de la función de promoción, divulgación y defensa de los derechos humanos asignada a los personeros; (ii) los personeros cumplen la función de veeduría y vigilancia de la conducta de los servidores públicos del orden territorial; (iii) por tanto, la escogencia o designación debe ser ajena a los elementos discrecionales que puedan comprometer la independencia e imparcialidad del personero municipal.

Con base en ello, concluyó que en el caso de los personeros municipales es perfectamente aplicable la regla jurisprudencial que admite el concurso de méritos como sistema de provisión de empleos que no son de carrera, no porque

su elección a través de dicho mecanismo resulte imperativa, sino porque su adopción constituye una posibilidad dentro del margen de libertad de configuración que ostenta el legislador.

La anterior decisión, en lo se refiere a la exequibilidad de la expresión anotada, hizo tránsito a cosa juzgada constitucional relativa, de lo que se desprende su carácter vinculante y obligatorio para esta Corporación. En ese sentido, si el máximo intérprete de la Constitución ya realizó una lectura respecto de la forma en que actualmente se encuentra regulada la provisión del cargo de personero municipal, para concluir que esta se realiza a través de concurso público, en consecuencia, este es el criterio al que obligatoriamente debe ceñirse esta Sala.

### 8.2. Problemas jurídicos

Se advierte que no hay necesidad de hacer ajustes a los problemas jurídicos que, fruto del diálogo y la concertación con las partes, se plantearon de manera provisional en la etapa de fijación del litigio de la audiencia inicial. Por lo tanto, los interrogantes que corresponde resolver son los siguientes:

**1.** ¿La materia objeto de los actos administrativos acusados está sometida a reserva de ley y, por ende, es totalmente nulo el Decreto 2485 de 2014 y parcialmente el Decreto 1083 de 2015, al haberse expedido por las entidades demandadas?

**2.** ¿El Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015?

**3.** ¿Son nulos los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 por desconocimiento del principio democrático y el de autonomía de las entidades territoriales?

### Primer problema jurídico

¿La materia objeto de los actos administrativos acusados está sometida a reserva de ley y, por ende, es totalmente nulo el Decreto 2485 de 2014 y parcialmente el Decreto 1083 de 2015, al haberse expedido por las entidades demandadas?

A efectos de resolver este interrogante, la Sala se ocupará de estudiar lo concerniente a (i) la competencia como presupuesto de validez del acto administrativo; (ii) la reserva de ley; y (iii) el caso concreto.

**(i) La competencia como presupuesto de validez del acto administrativo**

El proceso de formación y expedición de un acto administrativo corresponde a la administración[40], como sujeto activo al que se le ha asignado la competencia necesaria para adoptar decisiones unilaterales por medio de las cuales se crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas.

De acuerdo con ello, para que esa manifestación de voluntad estatal sea válida se requiere, entre otros, que al sujeto de quien emana le haya sido atribuida, vía constitucional, legal o reglamentaria, la facultad de tomar dicha decisión. Esto es lo que en la teoría del acto administrativo se conoce como competencia, que no es otra cosa que la capacidad jurídica que se predica de los sujetos particulares en el derecho privado.

Así pues, la competencia administrativa se determina a partir de la identificación de funciones, deberes, responsabilidades, obligaciones y facultades que le ha asignado el ordenamiento jurídico a los servidores públicos y a los particulares que ejercen funciones **administrativas**, pues no de otra forma se puede delimitar el campo de acción dentro del cual le es dado desenvolverse a una autoridad administrativa.

A efectos de garantizar derechos fundamentales como el debido proceso y la seguridad jurídica, las normas que fijan competencias deben ser expresas, claras y anteriores a la expedición del acto administrativo de que se trate, lo que demuestra la íntima conexión que tiene el concepto objeto de estudio con el

[40] Debe entenderse que dicho concepto comprende tanto a los servidores públicos como a los particulares investidos de funciones administrativas.

principio de legalidad y que el fundamento constitucional de ambas figuras reside en los artículos 2[41], 6[42], 121[43], 122[44] 123.2[45], 209[46] superiores.

En ese orden de ideas, dado que la competencia permite que las decisiones de la administración se encuentren revestidas de legalidad, el acto administrativo estará viciado de nulidad en aquellos casos en que se profiere por un sujeto que carece de capacidad jurídica para actuar, esto es, sin una competencia atribuida por el ordenamiento. Es por ello que el artículo 137 del CPACA consagra la falta de este requisito como uno de los vicios invalidantes de los actos administrativos, al señalar que toda persona podrá solicitar que se anulen aquellos que «hayan sido expedidos [...] sin competencia».

Como puede observarse, la falta de competencia es un vicio externo al acto administrativo debido a que no se afinca en el contenido de este, en su motivación o finalidad, sino en el sujetó que lo expide pues lo que se advierte en tales casos es que el derecho positivo no consagra una facultad que le permita fungir al Estado como autoridad normativa.

Ahora, es importante tener en consideración que la asignación de competencias a la administración pública atiende a diferentes factores que pueden identificarse como el funcional, el material, el territorial y, en algunos casos, el temporal. La expedición de un acto administrativo en ausencia de cualquiera de ellos da lugar a la anulabilidad de la decisión.

---

[41] ARTICULO 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[42] ARTICULO 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. (esto es legalidad formal).

[43] ARTICULO 121. Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley.

[44] ARTICULO 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente ...

[45] ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento...

[46] ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

El primero de estos criterios (funcional) se refiere al ejercicio de atribuciones según el grado jerárquico que, dentro de la estructura organizacional de la administración pública, ostenta el servidor público o particular investido de funciones administrativas. El material, por su parte, supone que el acto administrativo proferido sea el desarrollo de una competencia efectivamente asignada a la autoridad que lo expidió. El factor territorial parte de reconocer que debe haber una división del territorio que permita delimitar el espacio geográfico en el que la autoridad administrativa se encuentra habilitada para el desempeño de sus funciones. Por último, el temporal es un parámetro que aplica en determinados casos en los que el ordenamiento jurídico impone un límite de tiempo para que la administración pueda ejercer su poder decisorio.

Finalmente, en relación con las normas que deben considerarse a efectos de estudiar la competencia como presupuesto de validez de los actos administrativos, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

> [...] la valoración del ejercicio de una competencia, esto es, la definición acerca de si un órgano estatal obró o no de conformidad con las reglas que la fijan, debe hacerse necesariamente mediante el cotejo con los preceptos vigentes al tiempo en que se efectivizó, dado que por constituir éstos su fuente de validez son los que determinan la regularidad de su ejercicio. [...][47]

**(ii) Principio de reserva de ley**

Como primera medida, es preciso señalar que el trasfondo histórico de este principio reside en el constitucionalismo revolucionario francés, el cual, al concebir la ley como máxima expresión de la soberanía popular, le confirió preeminencia en el ordenamiento jurídico. Esto hizo que en sistemas normativos como el colombiano, de marcada influencia francesa, sin desconocer la actual supremacía constitucional, se predicara la existencia de una cláusula general de competencia en cabeza del Congreso de la República[48], la cual lo faculta para ejercer su función de producción normativa en cualquier ámbito, salvo que se trate de alguno que, por expresa disposición del constituyente, debe ser regulado por la administración a través del reglamento.

Ahora bien, además de aquella cláusula general de competencia en favor del Congreso, en ciertos casos, la Constitución[49] ha previsto la exigencia de que la regulación de un determinado asunto se realice a través de una fuente del derecho en particular que, en este caso, es la ley. Esto es lo que se conoce como el principio de reserva de ley que, en otras palabras, da cuenta de un condicionamiento con

[47] Corte Constitucional, sentencia C-014 del 21 de enero de 1993.
[48] Artículo 114 y 150, numerales 1 y 2 de la Constitución Política.
[49] La norma superior ha dispuesto la existencia de reserva de ley en materia de derechos fundamentales, administración de justicia, servicios públicos, organización de la administración pública, impuestos, entre otros.

ocasión del cual la configuración de ciertos temas solo puede realizarse mediante la expedición de (i) una ley en sentido formal, es decir aquella que surge del legislador ordinario o (ii) por disposiciones que sin haber surgido en el seno del Congreso de la República, tienen rango de ley al expedirse por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió aquel[50].

En el ordenamiento jurídico colombiano este último supuesto encuentra una limitación importante en el texto del artículo 150 superior, numeral 10, el cual identifica los siguientes asuntos que por ser de competencia exclusiva del legislador no pueden ser regulados a través de la concesión de facultades extraordinarias:

1. La expedición de códigos.

2. La expedición de leyes estatutarias.

3. La expedición de leyes orgánicas.

4. El decreto de impuestos.

5. La expedición de leyes marco a las que hace referencia el numeral 19 del artículo 150 superior, esto es, normas generales en las que se prevén los objetivos y criterios a los que debe someterse el Gobierno con el fin de organizar el crédito público; regular el comercio exterior y señalar el régimen de cambio internacional; modificar las disposiciones del régimen de aduanas; regular la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con recursos captados del público; fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; regular el régimen de prestaciones sociales mínimas para los trabajadores oficiales y modificar la estructura de ministerios, departamentos administrativos y demás organismos de la administración nacional[51].

---

[50] En su libro «Lecciones de derecho administrativo», el profesor Luciano Parejo Alfonso define la reserva de ley como una «[...] técnica de delimitación de ámbitos materiales a favor de los órganos con competencia constitucional para dictar Leyes, de tal suerte que la regulación de dichos ámbitos debe producirse en primera instancia, mediante Leyes en sentido formal o, en todo caso, y con alguna limitación, por normas que, aún emanadas del Gobierno correspondiente, tienen rango y fuerza de ley [...]» (Editoriales: Tirant lo Blanch y Universidad Externado de Colombia; tercera edición; Bogotá; 2010; p. 96).

[51] Es importante anotar que el numeral 10 del artículo 150 superior no incluye expresamente las leyes marco como uno de los supuestos en los que aplica la cláusula de reserva de ley, en su lugar, se contempla la prohibición de conferir facultades extraordinarias al Gobierno para expedir las leyes de que trata el numeral 20 de la misma norma, esto es, las que se ocupan de la creación de los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras. No obstante lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha aclarado que la remisión que hace el numeral 10 al 20 del artículo 150 de la Constitución es producto de un lamentable descuido pues en la votación final de la norma se retiró el numera 15, de manera que el numeral relativo a las leyes marco, que antes era el 20, pasó a ser el 19.

Visto lo anterior, en los casos en que tiene aplicación la reserva de ley no se encuentra permitido regular la materia por medio de preceptos de inferior jerarquía o fuerza normativa, como lo son los reglamentos. En esos términos, el principio en cuestión constituye una garantía esencial de los estados modernos hacia sus asociados, si se tiene en cuenta que los asuntos sujetos a reserva legal involucran temas de gran importancia e interés social y económico que, en tal virtud, deben positivarse como resultado de una amplia deliberación que garantice el principio democrático, lo que le otorga legitimidad a la norma de derecho resultante.

Es importante resaltar la forma en que la reserva de ley constituye un límite inquebrantable a la potestad reglamentaria pues, habiéndose reservado un asunto al legislador, no es dable que la administración entre a regular los aspectos centrales de la materia en cuestión. Esto no significa que se excluya el reglamento porque, una vez expedida la ley, podrán dictarse aquellos que se conocen como reglamentos ejecutivos o *secundum legem*, los cuales gozarán de validez en la medida en que tengan una adecuada cobertura legal, esto es, en cuanto se dediquen a ejecutar o desarrollar la ley a la que se encuentran inmediatamente ligados. Esto quiere decir que en aquellos casos solo habrá espacio para el reglamento, en la medida en que previamente haya una habilitación legal.

Sobre el particular, el profesor Luciano Parejo Alfonso enseña lo siguiente:

> [...] La **finalidad** entonces de la técnica de la reserva de Ley se circunscribe, en principio, a **subordinar el acceso a una materia** perteneciente al campo por ella acotado y, por tanto, la intervención reguladora de normas inferiores (de rango reglamentario), **a la ocupación previa de esa materia por una Ley** con el contenido (variable) que la CE quiere (en virtud, justamente, del tipo de reserva de Ley) que sea establecido precisamente por el órgano parlamentario. Una vez que la Ley haya fijado –mediante una regulación propia- los contenidos requeridos por la norma constitucional, **pueden llamar a otras normas** (reglamentarias) **a colaborar con ella** –para complementar aquella regulación- y en todo caso, producirse la normación reglamentaria de desarrollo [...][52]

En el evento de no haberse previsto una reserva de ley, la respectiva regulación se podrá realizar a través del reglamento siempre y cuando se tenga la competencia para el efecto y se respete el contenido de disposiciones superiores, de manera que no se trastorne el sistema de fuentes. En ese sentido, la reserva legal es un mecanismo constitucional que permite proteger el reparto de competencias entre el legislador y la administración pública o, si se quiere, entre la ley y el reglamento.

[52] Luciano Parejo Alfonso; «Lecciones de derecho administrativo»; Editoriales: Tirant lo Blanch y Universidad Externado de Colombia; tercera edición; Bogotá; 2010; pp. 96-97.

En relación con la materia objeto de estudio, el máximo tribunal constitucional ha distinguido entre dos clases de reserva de ley, así:

> [...] i) Una, *material*, que la conforma el conjunto de supuestos o materias sobre las cuales la Constitución exige una regulación de rango legal. Este tipo de reserva supone que los temas que no han sido reglados por la ley, no pueden ser regulados por normas reglamentarias. Sin embargo, debe precisarse que excepcionalmente el Presidente de la República a través de una norma con fuerza de ley, como legislador extraordinario con facultades expresamente otorgadas, pueda reglamentar el tema correspondiente. (ii) Otra, *formal*, que significa que cualquier materia, por intrascendente que sea, que haya sido regulada en la ley, no puede ser modificada por un reglamento. En razón a las materias restringidas o a los trámites especiales exigidos, sólo el Congreso está facultado para realizar la regulación [...][53]

Lo anunciado hasta ahora indica que, en los eventos en que por disposición expresa del constituyente la competencia es exclusiva del legislador no es admisible el vaciamiento de las facultades atribuidas a este mediante la expedición de normas que carezcan de rango y fuerza legal. No obstante, surge el interrogante de cómo identificar tales hipótesis, pues lo cierto del caso es que el uso constitucional de la palabra ley no es unívoco.

Así, en ocasiones la norma superior se refiere a la ley en un sentido formal que se define a través de un criterio orgánico como aquel precepto expedido por el Congreso o, al menos, que tiene rango y fuerza de ley formal. En otras ocasiones la Constitución alude a la ley en un sentido material, es decir, una disposición con carácter jurídico vinculante, con independencia del órgano que haya dispuesto su producción.

Ante la dificultad que puede representar esta ambivalencia a efectos de determinar si existe reserva de ley o no, la Subsección A considera que en cada caso particular será necesario definir el alcance de la expresión «ley» contenido en la norma objeto de revisión.

Mal podría pensarse que todas las cuestiones pasibles de ser regladas por la ley están sujetas a reserva legal pues ello desnaturalizaría la esencia de esta institución. Así, mientras que la cláusula de competencia del legislador constituye una regla general que le permite a este ocuparse de cualquier materia que no haya sido asignada privativamente a la administración, la reserva de ley aparece como una excepción que obedece a la especial trascendencia que la norma de normas le ha otorgado a un determinado asunto.

Es por ello que, en lugar de predicar la aplicación generalizada de tal reserva en todo uso que haga la Constitución de la palabra ley, conviene adoptar una posición que opte por estudiar, en cada caso concreto, si a la luz del

[53] Sentencia C-219 del 19 de abril de 2017, Corte Constitucional, expediente D-11662.

ordenamiento jurídico la regulación de la temática en particular solo puede efectuarse a través un precepto con fuerza y rango de ley[54], para lo cual el intérprete debe tener en cuenta los siguientes criterios:

| CONFIGURACIÓN | CASUÍSTICA |
|---|---|
| Materias sometidas a **reserva de ley** por disposición del artículo 150 superior, norma competencial del Congreso de la República. | **(i)** Códigos (Competencia exclusiva del legislador ordinario – art.150 #10).<br>**(ii)** La estructura de la administración nacional; la creación, supresión o fusión de ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; la reglamentación de la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales; la creación o autorización para la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.<br>**(iii)** El ejercicio de las funciones de inspección y vigilancia a cargo del Gobierno.<br>**(iv)** Las autorizaciones al Gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos y enajenar bienes nacionales.<br>**(v)** El decreto de impuestos (Competencia exclusiva del legislador ordinario – art.150 #10).<br>**(vi)** La expedición de leyes marco (Competencia exclusiva del legislador ordinario – art.150 #10) en asuntos de crédito público; comercio exterior y régimen de cambio internacional; régimen de aduanas; actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con recursos captados del público; régimen salarial y prestacional de los empleados públicos; régimen de prestaciones sociales mínimas para los trabajadores oficiales; estructura de ministerios, departamentos administrativos y demás organismos de la administración nacional<br>**(vii)** La apropiación o adjudicación y recuperación de tierras baldías.<br>**(viii)** Cuestiones relativas al Banco de la República y a las funciones de su Junta Directiva.<br>**(ix)** La intervención económica en asuntos de que trata el artículo 334 superior como explotación de recursos naturales, uso del suelo; producción, distribución, utilización y consumo de los bienes; y en los servicios públicos y privados. |

[54] Sobre la importancia de no predicar la aplicación generalizada de la reserva de ley, el profesor Héctor Santaella Quintero señala que «[...] Solo un examen detallado del texto constitucional permite determinar con precisión qué asuntos han sido reservados. Dicho análisis permitirá distinguir tanto las reservas de ley formal como de ley material y las reservas de ley ordinaria de las reservas de leyes especiales o cualificadas [...]». *Del principio de legalidad al principio de juridicidad: implicaciones para la potestad normativa de la administración de una transición constitucionalmente impuesta;* En «La constitucionalización del derecho administrativo: XV Jornadas Internacionales de derecho administrativo»; Universidad Externado de Colombia; 2014; Bogotá; p. 111. En esa misma línea, en la nota al pie número 96 de dicho artículo indica lo siguiente: «[...] ¿Para qué reservar algo en particular si la totalidad está reservada? Por esto no tiene sentido la equiparación que a veces se observa entre la cláusula general del parlamento y la reserva de ley. Como señala MERKL., "el sentido de la reserva legal es que la forma legal se impone para la formulación del derecho de un cierto contenido, pero no para todo el derecho".

| | |
|---|---|
| | **(x)** La prestación de servicios públicos.<br>**(xi)** El ejercicio de funciones públicas.<br>**(xii)** La propiedad industrial, patentes y marcas y las otras formas de propiedad intelectual. |
| Reserva de ley orgánica<br>(Art. 151 CP)<br>Competencia exclusiva del legislador ordinario<br>(Art.150 #10) | **(i)** Reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras (Art. 151 CP).<br>**(ii)** Normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo (Arts. 151, 342 y 352 CP).<br>**(iii)** Normas sobre asignación de competencias normativas a las entidades territoriales (Art. 151 CP).<br>**(iv)** Ordenamiento territorial (Arts. 150 #4, 288, 297, 307 y 329 CP) |
| Reserva de ley estatutaria<br>(Art. 152 CP)<br>Competencia exclusiva del legislador ordinario<br>(Art.150 #10) | **(i)** Derechos y deberes fundamentales, así como procedimientos y recursos para su protección[55].<br>**(ii)** Administración de justicia[56].<br>**(iii)** Organización y régimen de partidos y movimientos políticos[57]; estatuto de la oposición y las funciones electorales[58].<br>**(iv)** Instituciones y mecanismos de participación ciudadana[59].<br>**(v)** Estados de excepción[60].<br>**(vi)** Igualdad electoral entre candidatos a la Presidencia de la República. |

**Respecto de las demás alusiones** que haga el texto constitucional al término «ley», la Sala considera que la ubicación de la norma respectiva al interior de la Carta Política puede servir como pauta para dilucidar el sentido en que se ha utilizado aquel concepto.

| | |
|---|---|
| **PARTE DOGMÁTICA DE** | Si las decisiones esenciales para la sociedad y el Estado deben reservarse a la actividad de producción normativa del legislador, goza de toda lógica que los asuntos comprendidos en la parte dogmática del texto superior, al integrar los elementos que orientan y legitiman la actividad estatal, queden sometidos a tal reserva la mayoría de las veces, salvo que de la interpretación sistemática del texto y de la jurisprudencia constitucional pueda concluirse lo contrario. |

[55] Algunos ejemplos son la Ley 1751 de 2015 (derecho a la salud); Ley 1755 de 2015 (derecho de petición); Ley 1618 de 2013 (derechos de las personas con discapacidad).
[56] Ley 270 de 1996, Estatutaria de administración de justicia.
[57] Ley 130 de 1994, Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones. Al igual que la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones.
[58] Ley 1909 de 2018, por medio de la cual se adopta el estatuto de la oposición política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes.
[59] Ley 134 de 1994, por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana.
[60] Ley 137 de 1994, Por la cual se reglamentan los Estados de Excepción en Colombia.

| | |
|---|---|
| **LA CONSTITUCIÓN**[61] | Por eso, en principio, en estos casos, aplica una especie de **indicio de reserva legal**, debiéndose entender que, por regla general, el término «ley» es usado en un sentido formal, es decir, como aquel precepto de carácter vinculante que resulta luego de haberse agotado el respectivo trámite legislativo o aquel que, habiéndose expedido por el Gobierno Nacional, tiene rango y fuerza de ley[62]. |
| **PARTE ORGÁNICA DE LA CONSTITUCIÓN**[63] | El carácter instrumental de la parte orgánica de la norma de normas, que tiene razón de ser solo en cuanto sirva a la aplicación y realización de los principios, valores y derechos contemplados en su parte dogmática, hace que no resulte imperativa la intervención exclusiva del legislador en las materias allí comprendidas, salvo que de la interpretación sistemática del texto y de la jurisprudencia constitucional pueda concluirse lo contrario.<br>Por eso, en estos casos, opera un **indicio de ausencia de reserva legal**, debiéndose entender que, por regla general, cuando la Carta Política utiliza la expresión «ley» se refiere a su sentido material, es decir, como cualquier tipo de precepto de carácter vinculante, con independencia de su rango y fuerza normativa. |

De esta forma, que la disposición de que se trate pertenezca a la parte dogmática o a la orgánica de la Constitución sirve de indicio para presumir la existencia o no de reserva de ley. Sin embargo, esta proposición, lejos de constituir una regla absoluta, aparece como un simple criterio orientador que tendrá que ser valorado en armonía con la norma de que se trate y esta, a su vez, interpretarse sistemáticamente a la luz del texto superior.

Por ello, definir si el constituyente dispuso o no que el tema en particular fuese regulado en forma privativa por el legislador, dependerá de la valoración que se haga en cada caso concreto, evaluación que, en todo caso, deberá llegar a una respuesta afirmativa cuando logre establecerse que se trata de un asunto que, luego de ser estudiado a la luz de la carta política y de la jurisprudencia constitucional, puede catalogarse como de **especial trascendencia** por su **íntima conexión** con el modelo de Estado Social de Derecho y con la

[61] Es aquella que comprende los valores, principios y derechos fundamentales previstos en el texto superior.
[62] La Constitución española adopta un criterio semejante cuando dispone en su artículo 53 que «1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a) [...]» (subraya la Sala).
[63] Es aquella en la cual se establece, entre otras, la estructura organizacional del Estado, al igual que las competencias y potestades básicas otorgadas a sus diferentes órganos y autoridades.

satisfacción de los fines esenciales del Estado[64], del interés general o de principios transversales como el democrático o de separación de poderes[65].

Finalmente, es importante destacar la existencia de ciertos eventos en los que entender que la Constitución alude a la «ley» como norma jurídica con rango y fuerza de tal resultaría contrario a aquella pues una lectura de la disposición respectiva de cara al ordenamiento jurídico no deja otra opción que concluir que el término ley fue usado en un sentido material, esto es, aludiendo a todo tipo de disposición jurídicamente vinculante sin que interese su naturaleza.

A título simplemente enunciativo, tal es el caso del artículo 4 cuando señala que «[...] Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades [...]»; el 6 que dispone que «[...] Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes [...]»; y el 13 según el cual «[...] Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley [...]». Mal podría pensarse que, en ese mismo orden, los ciudadanos y residentes en Colombia únicamente están obligados al cumplimiento de las leyes expedidas por el Congreso; que la responsabilidad de los particulares solo surge ante la violación de las normas que ha proferido el legislador; o que el derecho a la igualdad solo se puede exigir respecto de aquellas últimas.

**(iii) Caso concreto**

Para el demandante José Ignacio Arando Bernal, el Decreto 2485 de 2014 y el Título 27 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, artículos 2.2.27.1 al 2.2.27.6., deben ser declarados nulos porque la materia de que se ocupan se encuentra sometida a reserva de ley, última que en su criterio está consignada en las siguientes normas:

---

[64] ARTICULO 2o. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

[65] Tal es el caso, a manera de ejemplo, del régimen de explotación de los recursos no renovables que prevé el artículo 360 superior, de conformidad con el cual «[...] La explotación de un recurso natural no renovable causará, a favor del Estado, una contraprestación económica a título de regalía, sin perjuicio de cualquier otro derecho o compensación que se pacte. La ley determinará las condiciones para la explotación de los recursos naturales no renovables. Mediante otra ley, a iniciativa del Gobierno, la ley determinará la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, el uso eficiente y la destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables precisando las condiciones de participación de sus beneficiarios [...]».

- El artículo 313 constitucional, numeral 8, que prevé que a los concejos municipales y distritales les corresponde «Elegir personero para el periodo que fije la ley y los demás funcionarios que esta determine»;

- El artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que modificó el 170 de la Ley 136 de 1994, según el cual los personeros deben elegirse «[...] previo concurso público de méritos de conformidad con la ley vigente [...]»;

- El artículo 2, inciso 4, del Acto Legislativo 02 de 2015, que modificó el artículo 126 superior al disponer que «[...] la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública règlada por la ley [...]».

Lo primero que advierte la Sala es que, como se anunció, la reserva de ley es una figura que tiene aplicación gracias a la consagración expresa que efectúa el constituyente, sin que resulte viable considerar que sea el mismo legislador quien la establezca. Esta consideración conduce a descartar el reproche por el presunto desconocimiento del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

Ahora bien, con el fin de esclarecer si los artículos constitucionales 313, numeral 8, y 126, inciso 4, implican una reserva de ley que fue desconocida con la expedición de los actos demandados, es preciso recordar la materia que fue objeto de regulación mediante estos últimos. Así, el Decreto 2485 de 2014, cuyo contenido es reproducido en el Título 27 del Decreto 1083 de 2015, artículos 2.2.27.1 al 2.2.27.6., se encarga de fijar los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales.

En ese sentido, lo que en esencia disponen las normas en cùestión es que el concurso sea adelantado por los concejos municipales o distritales atendiendo a criterios de objetividad, transparencia, imparcialidad, publicidad e idoneidad de los aspirantes. Así mismo, prevén como etapas del concurso la convocatoria, el reclutamiento y las pruebas; regulan los mecanismos de publicidad; el uso de la lista de elegibles, al igual que la posibilidad de celebrar convenios interadministrativos para la realización parcial de los concursos y el diseño de las pruebas a ser aplicadas.

Visto lo anterior, en lo que se refiere al artículo 313 de la Constitución Política, cuyo numeral 8 señala que corresponde a los concejos municipales «[...] Elegir Personero para el período que fije la ley [...]», se observa que no sería viable predicar un vaciamiento de competencias por violación de una reserva legal porque el precepto constitucional no admite duda en cuanto a que aquello que debe definir la «ley», más allá de la acepción en que se esté usando la palabra, es el «periodo» de los personeros municipales o distritales, entendido como el lapso o término para el cual han de ser elegidos, asunto que en modo alguno fue abordado en los actos administrativos objeto de la actual demanda.

Queda entonces por analizar si el inciso 4 del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015, consagra una reserva de ley y, en caso afirmativo, si esta fue vulnerada por el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública. Según la norma en cuestión:

> [...] 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 [...] (Subrayas fuera del texto original)

De acuerdo con la explicación ofrecida en las anotaciones preliminares, la disposición en la que el señor José Ignacio Arango Bernal pretende fundamentar la ilegalidad de los actos administrativos demandados no es aplicable a los personeros municipales pues, según se explicó, la provisión de este tipo de cargos debe efectuarse mediante concurso público, proceso de selección que difiere del de convocatoria pública, contemplada en el Acto Legislativo 2 de 2015.

En tales condiciones, no es factible predicar una alegada falta de competencia por existencia de reserva de ley cuando el asunto del que se ocupan los decretos acusados no se rige por la norma constitucional en la que, a voces de la demanda, se establece la reserva en comento.

**En conclusión,** con la expedición del Decreto 2485 de 2014 y del Título 27 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, artículos 2.2.27.1 al 2.2.27.6., el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública no infringieron el principio de reserva de ley por desconocimiento de lo dispuesto en los artículos 126 y 313 constitucionales, y el 35 de la Ley 1551 de 2012. En ese sentido, las entidades demandadas podían hacer uso de su facultad de producción normativa a través del reglamento, respetando el contenido y la estructura jerárquica del sistema de fuentes, cuestión que pasa a estudiarse a continuación.

**Segundo problema jurídico**

¿El Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015?

**(i) Ejercicio de la potestad reglamentaria**

Uno de los rasgos característicos del sistema jurídico colombiano es la organización jerárquica que se le ha otorgado a los diferentes tipos de normas que lo integran, organización que supone la existencia de una estructura escalonada,

si se quiere piramidal, en la que cada categoría normativa tiene características propias que influyen directamente en el rango que se les otorga y, por consiguiente, en la relación de subordinación predicable entre unas y otras. Todo ello responde a una teleología particular que no es otra que permitir la construcción sistemática, coherente y racional del ordenamiento jurídico.

El hecho de que esta estructura jerárquica no aparezca definida explícitamente en la Constitución Política no es óbice para afirmar su existencia ya que a lo largo de este cuerpo normativo pueden encontrarse sendas disposiciones que dan cuenta de la primacía o sujeción que se le confiere a cada tipología. Así, por ejemplo, el artículo 4.º superior, prevé que «[…] La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales […]».

De esta forma, se ha entendido que la Constitución y las normas convencionales que se integren al ordenamiento jurídico, ocupan el nivel más alto dentro de este, seguidas en orden por las leyes que debe expedir el Congreso con sujeción a aquellas y por los actos administrativos, los que de acuerdo a la categoría en la que puedan clasificarse deberán obedecimiento a la Constitución y a la ley, o en algunos casos, solo a la primera.

Dicha estratificación normativa se convierte en un criterio de validez que ha sido explicado en los siguientes términos por la Corte Constitucional:

> […] La unidad del sistema jurídico, y su coherencia y armonía, dependen de la característica de ordenamiento de tipo jerárquico de que se reviste. La jerarquía de las normas hace que aquellas de rango superior, con la Carta Fundamental a la cabeza, sean la fuente de validez de las que les siguen en dicha escala jerárquica. Las de inferior categoría, deben resultar acordes con las superiores, y desarrollarlas en sus posibles aplicaciones de grado más particular. En esto consiste la connotación de sistema de que se reviste el ordenamiento, que garantiza su coherencia interna. La finalidad de esta armonía explícitamente buscada, no es otra que la de establecer un orden que permita regular conforme a un mismo sistema axiológico, las distintas situaciones de hecho llamadas a ser normadas por el ordenamiento jurídico […][66]

Establecido lo anterior, resulta claro que las facultades de producción normativa de la administración tienen un límite incuestionable en el contenido de las normas respecto de las cuales pueda predicarse una superioridad jerárquica, asunto que se definirá atendiendo a la tipología del reglamento.

Así, tratándose de los reglamentos (i) expedidos por el presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria que le atribuye el artículo 189-11 superior; de los (ii) reglamentos que desarrollan leyes habilitantes y de los (iii) reglamentos

[66] Sentencia C-037 del 26 de enero de 2000, Corte Constitucional, expediente D-2441.

expedidos por otras autoridades administrativas en asuntos especializados de su competencia, se ha dicho que su propósito es complementar la ley en la medida en que sea necesario para lograr su cumplida aplicación, cuando se requiera por ejemplo, precisar definiciones o aclarar etapas del procedimiento previsto en aquella. En ese orden de ideas, si lo que se busca es permitir la ejecución de la ley, esta facultad no apareja la interpretación, modificación, limitación o ampliación de los contenidos legislativos, como tampoco el modo de encuadrar las distintas situaciones jurídicas en los supuestos que contiene[67].

En este punto resulta relevante, de conformidad con el objeto del presente proceso, explicar que los reglamentos que desarrollan leyes habilitantes son aquellos que se profieren en ejercicio de una competencia asignada directamente por la Constitución con sometimiento, por disposición de la misma carta suprema, a una norma legal que faculte el desarrollo de dicha atribución. Se trata entonces de normas superiores que establecen potestades normativas en cabeza de la administración utilizando las expresiones «de conformidad», «de acuerdo» o «según la ley».

Ahora bien, en relación con los límites a la potestad reglamentaria de la administración frente a los tres tipos de normas reglamentarias que se señalaron, el Consejo de Estado ha precisado lo siguiente:

> [...] en nuestro orden, la potestad reglamentaria es la facultad constitucional que se atribuye de manera permanente al Gobierno Nacional para expedir un conjunto de disposiciones jurídicas de carácter general y abstracto para la debida ejecución de la ley, a través de las cuales desarrolla las reglas y principios en ella fijados y la completa en aquellos detalles y pormenores necesarios que permiten su aplicación, pero que en ningún caso puede modificar, ampliar o restringir en cuanto a su contenido o alcance. El reglamento, como expresión de esta facultad originaria del Ejecutivo es, pues, un acto administrativo de carácter general que constituye una norma de inferior categoría y complementaria de la ley; su sumisión jerárquica a ésta (sic) en la escala normativa (principio de jerarquía normativa piramidal) es indiscutible y absoluta, toda vez que se produce en los ámbitos y espacios que la ley le deja y respecto de aquello que resulte necesario para su cumplida ejecución, sin que pueda suprimir los efectos de los preceptos constitucionales o legales ni contradecirlos, motivo por el cual si supera o rebasa el ámbito de aplicación de la ley e incursiona en la órbita de competencia del Legislador compromete su validez y, por tanto, deberá ser declarado nulo, de conformidad con lo ordenado por el numeral 2 del artículo 237 de la Constitución Política. El poder reglamentario se encuentra limitado en función a la necesidad de la cumplida ejecución de la ley y, como lo ha manifestado la jurisprudencia, la extensión de esta competencia es inversamente proporcional a la extensión de la ley, es decir, cuanto mayor sea el campo disciplinado por

[67] Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 21 de octubre de 2010, Radicación 11001-03-25-000-2005-00125-00(5242-05), Actor: Asociación Antioqueña de Empresas Sociales del Estado.

la ley, menor será el que corresponde al decreto reglamentario [...][68] (Subrayas fuera del texto original)

Así pues, para el ejercicio de la atribución de producción normativa, la administración debe limitarse a desarrollar las disposiciones respecto de las cuales sea posible predicar una relación de jerarquía, en algunos casos será la Constitución, en otros también la ley e incluso algunos preceptos reglamentarios[69]. De esta forma, cuando sea viable establecer esa subordinación normativa, el reglamento no puede introducir normas que no se desprendan natural y lógicamente de las disposiciones superiores, ampliar o restringir el sentido de estas, como tampoco puede suprimirlas o cambiarlas ni reglamentar materias que estén reservadas a ellas, pues en tales eventos excedería sus competencias.

En ese sentido, es importante señalar que a pesar de que en la acción de simple nulidad se ejerce el control de legalidad de la norma reglamentaria, también es cierto que, de encontrar que el reglamento no se ajusta a los preceptos constitucionales, habrá de declararse su nulidad, habida cuenta de que el ejercicio de la potestad reglamentaria no solo está atado a la ley que desarrolla, sino también, a los postulados superiores contenidos en la Constitución Política[70], así como a los fines del Estado Social de Derecho[71], a los cuales no puede ser ajeno en el desarrollo de sus funciones.

**(ii) Caso concreto**

Los demandantes consideraron que, a través de los actos administrativos demandados, el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública excedieron lo indicado en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, que modificó el 170 de la Ley 136 de 1994, pues a su modo de ver este último no estableció en modo alguno que la vacante de personero municipal se ocuparía con la persona que quede en el primer puesto de la lista.

Para resolver este interrogante, basta remitirse a las consideraciones efectuadas en desarrollo del primer problema jurídico pues allí quedó establecido que la

[68] Sentencia del 3 de diciembre de 2007, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, radicado 11001-03-26-000-2003-00014-01, expediente 24715.
[69] En el caso de los llamados reglamentos «constitucionales autónomos» debido a que es la propia Constitución la que directamente atribuye la competencia o potestad regulatoria, no puede predicarse algún tipo de sujeción a la ley. Por ello se ha sostenido que la relación entre dichos actos administrativos y la ley, en lugar de estar sometida a una jerarquía, se caracteriza por un criterio de distribución de competencias normativas que ha efectuado la propia carta política. Por su parte, en el caso de los decretos que reglamentan una ley marco, se predicará subordinación entre estos y la ley que desarrollan, pero no respecto de las demás leyes, con las cuales existirá una relación horizontal en la escala jerárquica.
[70] Artículo 6.° de la Constitución Política.
[71] Artículo 2.° *ibidem*.

Corte Constitucional, en sentencia C-105 de 2013, resolvió declarar exequible el inciso 1 del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 en cuanto contempló que los personeros municipales deben elegirse por las corporaciones públicas, «previo concurso de méritos».

Así las cosas, es plausible concluir que, respecto de este tipo de empleos, opera el precedente constitucional que admite el concurso público como proceso de selección aplicable a funcionarios que no son de carrera. Al hacer parte de una sentencia de constitucionalidad, dicha interpretación se integra al contenido del precepto legal en comento, luego no es viable para el Consejo de Estado desatender el texto normativo admitiendo, como pretenden los demandantes, que la elección de personeros municipales evada el estricto orden en que debe aplicarse la lista de elegibles, lo que implicaría, según la caracterización ampliamente explicada, que su elección se realice a través de convocatoria pública y no mediante el concurso público de méritos.

**En conclusión,** el Ministerio del Interior y el Departamento Administrativo de la Función Pública no excedieron el ejercicio de la facultad reglamentaria a través de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015, al disponer que la vacante del empleo de personero se cubrirá con quien ocupe el primer puesto de la lista.

**Tercer problema jurídico**

¿Son nulos los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 por desconocimiento del principio democrático y el de autonomía de las entidades territoriales?

**(i) Principio democrático**

La Constitución Política, desde el mismo preámbulo y en su artículo 1, consagra la democracia como uno de los principios fundamentales del Estado colombiano y, seguidamente, en su artículo 2, establece como uno de los fines estatales esenciales «[...] facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación [...]».

La teleología a la que responde este principio no es otra que garantizar el involucramiento y participación de los ciudadanos en el diseño y funcionamiento de las instituciones públicas, lo cual resulta factible gracias a una serie de mecanismos y derechos que instituyó la carta política en atención al modelo de Estado Social de Derecho adoptado.

De esta forma, la democratización de la función pública aparece como uno de los principios más importantes en nuestro ordenamiento jurídico pues sobre él

descansa toda la estructura institucional y normativa. En efecto, el nutrido contenido de este principio le otorga un alcance amplio que no se restringe a la intervención ciudadana en materia electoral, sino que impacta, además, ámbitos sociales, comunitarios, familiares e individuales.

Es por ello que las manifestaciones del principio en cuestión son abundantes y pueden encontrarse a lo largo y ancho de la Constitución Política. A manera de ejemplo y por nombrar solo unas cuantas, es factible identificar como expresiones de dicho mandato la diversidad étnica y cultural (artículo 7); el respeto por la autodeterminación de los pueblos (artículo 9); el derecho a la igualdad (artículo 13); el derecho a la libertad de conciencia, cultos y expresión (artículos 18, 19 y 20); el de petición (artículo 23); el de reunión (artículo 37); los diferentes mecanismos de participación ciudadana que consagra el artículo 40 como el derecho de acceso a cargos públicos; la acción de tutela (artículo 86); la posibilidad de que grupos significativos de ciudadanos presenten proyectos de ley o de reforma constitucional (artículo 155), entre muchas otras.

Con base en ello, la Corte Constitucional ha indicado que el principio democrático por el que propende la Carta Política es universal y expansivo, características a las que se ha referido en los siguientes términos:

> [...] es universal en la medida en que compromete variados escenarios, procesos y lugares tanto públicos como privados y también porque la noción de política que lo sustenta se nutre de todo lo que vitalmente pueda interesar a la persona, a la comunidad y al Estado y sea por tanto susceptible de afectar la distribución, control y asignación del poder social. El **principio democrático** es expansivo pues su dinámica lejos de ignorar el conflicto social, lo encauza a partir del respeto y constante reivindicación de un mínimo de democracia política y social que, de conformidad con su ideario, ha de ampliarse progresivamente conquistando nuevos ámbitos y profundizando permanentemente su vigencia, lo que demanda por parte de los principales actores públicos y privados un denodado esfuerzo para su efectiva construcción [...][72]

Ahora bien, dicha Corporación también ha destacado que las diversas formas en las que opera el principio democrático permite sostener que el constituyente no se adhirió a un modelo específico de democracia, sino que quiso consagrar un esquema en el que pudieran articular y armonizar los diferentes tipos de democracia, que en la sentencia C-105 de 2013 caracterizó así[73]:

| DEMOCRACIA | ALCANCE |
|---|---|
| Sustancial | Se enfoca en un el contenido mínimo de los derechos fundamentales, normalmente reconocidos en textos constitucionales, como eje central de la organización política y |

[72] Corte Constitucional, sentencia C-089 de 1994; expediente.
[73] Sobre el particular, puede consultarse la sentencia C-105 de 2013, expedientes D-9237 y D-9238.

| | |
|---|---|
| | social, lo que significa que la voluntad popular, incluso aquella que se manifieste a través de un sistema de organización político debe someterse a aquellos. |
| Deliberativa | Lo valioso del ejercicio democrático no está en la decisión misma sino en los procedimientos a través de los cuales se encausan el debate y el diálogo públicos. |
| Representativa | Hace énfasis en el ejercicio de la voluntad popular a través de representantes que son elegidos mediante el derecho al voto. |
| Participativa | Resalta la importancia de que los ciudadanos intervengan directamente en los escenarios políticos, sociales y económicos para propender por la gestión de sus propios intereses. |

Finalmente, es importante señalar que la trascendencia innegable de este mandato para el adecuado funcionamiento del modelo estatal colombiano hace que se erija como un parámetro esencial a la hora de estudiar la validez de una determinada norma, debiéndose favorecer siempre aquellas lecturas que favorezcan la realización del principio democrático en su máxima expresión. *Contrario sensu,* aquellas otras que afecten su núcleo esencial o que incluso limiten su aplicación a nuevos escenarios han de excluirse.

**(ii) Principio de autonomía de las entidades territoriales**

En materia de organización y estructura del Estado, la Constitución de 1991 introdujo el principio de autonomía de las entidades territoriales en sus artículos 1 y 287, último que lo desarrolló en los siguientes términos:

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

En tales términos, la autonomía territorial se refiere a un cierto grado de libertad e independencia que se les concede a las autoridades administrativas del nivel local con el fin de que ejerzan un autogobierno de los asuntos que les conciernen. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la autonomía territorial puede entenderse como el poder de dirección política y administrativa que, en virtud del principio democrático, se le atribuye a cada entidad territorial a efectos de que gestione sus propios intereses.

La trascendencia de este principio dentro del esquema organizacional del Estado que introdujo la Constitución de 1991 es de vital importancia ya que permite acercar la acción estatal al ciudadano y a las necesidades particulares de cada

comunidad, lo que sin duda alguna redunda en el fortalecimiento de la legitimidad de aquel.

De acuerdo con ello, el núcleo esencial de la autonomía territorial está dado por el derecho que tienen las entidades territoriales a ejercer las competencias que le han sido atribuidas a efectos de asumir un rol activo, a través de sus propias autoridades, en la administración y el gobierno de las materias que despiertan un interés local.

En la sentencia C-517 de 1992, el máximo juez constitucional se ocupó de analizar el alcance de cada uno de los derechos que según el artículo 187 superior definen el contenido mínimo de este principio y que, en tal condición, constituyen un límite intocable para el legislador:

| DERECHO A LA AUTONOMÍA TERRITORIAL DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES (NÚCLEO ESENCIAL) | ALCANCE DEL DERECHO |
|---|---|
| **A gobernarse por autoridades propias** | [...] se ejerce mediante el voto directo de los habitantes del respectivo territorio y de él se deriva la facultad de que gozan las autoridades electas para definir el ejercicio de la autonomía territorial y dentro de los límites del principio de unidad nacional, los destinos de la respectiva entidad. Con este fin se han creado mecanismos de participación ciudadana, como los contemplados en los artículos 40 y 103 de la Constitución Nacional.<br><br>[...] la elección de las autoridades propias y los mecanismos de participación popular son elementos especiales de la descentralizacion política que dota a la entidad del derecho, dentro del principio de unidad, de manejar los asuntos que conciernan a su territorio y a su población de manera autónoma. Vale decir, de definir, con criterio político, la viabilidad de asuntos de interés público dentro de los límites del ente territorial [...] |
| **A ejercer las competencias que les correspondan** | [...] En general son la Constitución y la Ley Orgánica del Ordenamiento Territorial las encargadas de definir tales competencias. Así, a falta de esta última, en principio los entes territoriales tienen derecho a ejercer las competencias a las que se refiere la Carta [...]<br><br>De acuerdo con lo anterior es posible afirmar que las autoridades municipales tienen la atribución política de decidir cuales son las obras que demanda el progreso social y cuales no, así como cuales son las medidas que llevan a promover la participación comunitaria y el mejoramiento social y cultural. Si en la evaluación de conveniencia de determinadas medidas, el interés del municipio se enfrenta a un interés departamental o nacional, la tarea será, en virtud de los principios de |

| | |
|---|---|
| | coordinación, concurrencia y subsidiariedad, resolver el conflicto en cada caso concreto [...] |
| **A administrar sus recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones** | [...] los impuestos nacionales deben ser creados por la ley, los departamentales por ordenanzas y los municipales por medio de acuerdos, sin que exista ninguna razón constitucional para que una ley grave a la población de un municipio o departamento para el cumplimiento de las funciones específicas de éste o aquel. Ahora bien, los departamentos y municipios se encuentran sujetos al marco legal en la creación de sus tributos propios en virtud del principio de unidad nacional [...] |
| **A participar en las rentas nacionales** | [...] la propia Constitución establece el situado fiscal, acompañado de un importante principio según el cual "No se podrán descentralizar responsabilidades sin la previa asignación de recursos fiscales suficientes para atenderlas". (Art. 356 C. N.) [...] |

Finalmente, aunque el artículo 287 constitucional no hace mención expresa a tal atribución, la sentencia C-517 de 1992 destacó como otra de las prerrogativas de las entidades territoriales, radicada específicamente en las asambleas departamentales y concejos municipales, la de adoptar los respectivos planes y programas de desarrollo económico, social y de obras públicas.

Visto lo anterior, es importante señalar que el aludido principio de autonomía debe ser interpretado y aplicado en armonía con el principio de unidad, lo que implica entender que el poder que se le concede a las entidades territoriales no es absoluto y soberano pues debe ejercerse dentro de unos límites constitucional y legalmente establecidos, que se explican en el reconocimiento de la superioridad del Estado unitario.

Respecto de la tensión que puede generarse entre estos dos principios, la Corte Constitucional ha señalado que debe resolverse buscando un equilibrio por medio del «[...] establecimiento de limitaciones recíprocas en la atribución de competencias a los distintos niveles territoriales, de conformidad con los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad contemplados en el Art. 288 de la Constitución, en la forma que establezca la ley [...]»[74].

Ahora bien, para determinar los casos en que en las relaciones entre la Nación y las entidades territoriales se desconoce el núcleo esencial del principio de autonomía que rige para estas últimas, la jurisprudencia constitucional ha estructurado lo que se conoce como un test de vaciamiento de competencias[75].

El primer paso para realizar dicha evaluación consiste en identificar si el ente territorial ha sido despojado del control y manejo de la actividad administrativa que por disposición constitucional o legal le compete. Ahora bien, la pérdida del

[74] Corte Constitucional, sentencia C-554 de 2007, expediente D-6677.
[75] Al respecto puede consultarse la sentencia C-105 de 2013.

poder de direccionamiento propio de la entidad no basta para predicar un vaciamiento de competencias pues, en segundo lugar, será necesario establecer si la limitación impuesta al órgano respectivo tiene alguna repercusión en su objeto institucional y, por último, tendrá que definirse si el desplazamiento de funciones goza de justificación y razonabilidad, pues en caso de que se advierta que obedece a necesidades o finalidades constitucionalmente legítimas, la restricción resultará admisible.

**(iii) Caso concreto**

Los demandantes coincidieron en señalar que las normas acusadas vulneran el principio democrático pues prever que la vacante del empleo de personero debe cubrirse con quien ocupe el primer puesto de la lista implica omitir la deliberación y el proceso de participación ciudadana que merece una elección de tal naturaleza.

De otro lado, estimaron transgredido el principio de autonomía de las entidades territoriales, aspecto frente al cual argumentaron que se presentó un vaciamiento de las competencias constitucionalmente atribuidas a los concejos territoriales en la elección de servidores públicos que no son de carrera.

La censura que en ese sentido formularon los señores José Ignacio Arango Bernal y otro debe resolverse en forma desfavorable toda vez que ya fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en la citada sentencia C-105 de 2013, en la que se concluyó que el hecho de que los personeros municipales fuesen elegidos «[...] previo concurso público de méritos [...]» no transgrede los principios constitucionales antedichos.

Al ser el concurso público de méritos que regulan los actos demandados un desarrollo de aquel que consagra el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, esta Corporación no puede más que someterse a la decisión judicial en la que se declaró la exequibilidad de dicha norma por los reproches señalados.

Así, el presunto desconocimiento del principio democrático se descartó en la sentencia C-105 de 2013 bajo el entendido de que afirmar que su respeto depende de que las corporaciones públicas puedan deliberar para decidir discrecional y libremente a la persona que debe ocupar el cargo de personero municipal porque sus miembros representan y actúan en nombre de la voluntad general, parte de una noción restringida de aquel principio que olvida que el concurso de méritos materializa los postulados de la democracia participativa y de la sustancial.

La primera de ellas se garantiza al permitir que cualquier persona que cumpla con los requisitos para el ejercicio del cargo haga parte del respectivo proceso de

selección, al igual que con la consagración de mecanismos que efectivicen la publicidad y transparencia de aquel, a efectos de que la ciudadanía pueda realizar el seguimiento y control respectivo. De otro lado, que el sistema de provisión de los personeros municipales sea el concurso público realiza la democracia sustantiva pues así se asegura el respecto por derechos fundamentales como la igualdad, la participación en la función pública y el debido proceso.

Ahora bien, en lo que se refiere al cargo de nulidad que estudió la Corte Constitucional en aquella sentencia por violación del principio de autonomía de las entidades territoriales, es preciso señalar que se encontró probado en la medida en que el texto original del artículo 35 de la citada Ley 1551 de 2012 le asignó la realización del concurso público de méritos a la Procuraduría General de la Nación.

El máximo juez constitucional concluyó que de esta forma se vulneraba el derecho consagrado en el artículo 187, conforme con el cual debe respetarse el ejercicio de las competencias que le correspondan a las entidades territoriales, conclusión a la que llegó luego de aplicar el test de vaciamiento de competencias.

Sobre el particular, consideró que, por vía legal, se había trasladado la etapa fundamental del proceso de selección de personeros municipales a una entidad del orden nacional como lo es la Procuraduría General de la Nación, a pesar de que constitucionalmente se asignó dicha atribución a los concejos municipales. Además, precisó que esa transferencia de funciones afectaba seriamente el objeto institucional de dichas corporaciones públicas[76].

Con base en estos argumentos, la Corte Constitucional sostuvo que, precisamente a efectos de respetar el principio de autonomía de las entidades territoriales, la responsabilidad de dirigir y conducir los concursos públicos de méritos para la elección de personero municipal debía ser ejercida por los concejos municipales y no por el Ministerio Público, razón por la cual decidió declarar la inexequibilidad de la expresión «[...] que realizará la Procuraduría General de la Nación [...]», contenida inicialmente en el Inciso 1, y de los incisos 2, 4 y 5 del Artículo 35 de la Ley 1551 de 2012.

[76] En segundo lugar, este traslado funcional afecta el objeto institucional de los concejos. En efecto, estos órganos tienen tres tipos de roles: de un lado, cumplen funciones de tipo normativo, cuando regulan materias para el funcionamiento de los municipios y distritos, como el uso del suelo, la defensa del patrimonio ecológico y cultural, la prestación de los servicios o la estructura de la administración, entre otras; por otro lado, desempeñan funciones de índole política, relacionadas con el control de la administración municipal o distrital; y finalmente, funciones relacionadas con la designación de servidores municipales o distritales, en el entendido de que uno de los componentes fundamentales de la autonomía de las entidades territoriales radica, justamente, en el derecho a gobernarse por autoridades propias, y a que el control de la conducta oficial y la promoción de los derechos humanos, sea ejercido por órganos del mismo nivel territorial.

**En conclusión,** los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y el 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015 no desconocen el principio democrático ni el de autonomía de las entidades territoriales.

**Decisión**

Por lo anterior, la Subsección A denegará las pretensiones de la demanda consistentes, la principal, en que se declare totalmente nulo el Decreto 2485 de 2014 y parcialmente el Decreto 1083 de 2015 en lo que se refiere a su Título 27 (artículos 2.2.27.1 al 2.2.27.6) y la subsidiaria, referida a la nulidad de los artículos 4 del Decreto 2485 de 2014 y 2.2.27.4 del Decreto 1083 de 2015.

En mérito de lo expuesto el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, Subsección A administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA**

**Primero:** Denegar las pretensiones de las demandas instauradas por los señores David Alonso Roa Salguero en contra del Departamento Administrativo de la Función Pública y José Ignacio Arango Bernal en contra de esta última entidad y de la Nación, Ministerio del Interior, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente y háganse las anotaciones pertinentes en el programa informático «Justicia Siglo XXI».

**Notifíquese y cúmplase**

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

**WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ**

**RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS**

**GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ**