



Concepto Sala de Consulta C.E. 2406 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Edgar González López

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Número único: 11001-03-06-000-2018-00234-00

Radicación Interna: 2406

Referencia: Concepto. Elección de los Secretarios de los Concejos Municipales.

Aplicación del artículo 126 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo No. 2 de 2015.

Elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas, previa convocatoria pública reglada por la ley.

Aplicación por analogía de la Ley 1904 de 2018.

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública formula a la Sala una consulta sobre la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2° del Acto Legislativo No. 2 de 2015, y la procedencia de aplicar por analogía la Ley 1904 de 2018, por la disposición del parágrafo transitorio del artículo 12 de esta, para efectuar dicha elección.

I. ANTECEDENTES

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública subdivide el planteamiento de la consulta en tres temas, de la siguiente forma:

1. Elección de los Secretarios de los Concejos Municipales

En primer lugar, el Director del Departamento Administrativo consultante cita los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994, sobre la organización y el funcionamiento de los municipios, los cuales se refieren a la elección de funcionarios de competencia de los Concejos Municipales, la cual se debe realizar en los primeros diez (10) días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus periodos constitucionales, y dentro de los cuales se encuentra el Secretario de la corporación, quien es elegido para un periodo de un año y puede ser reelegido a criterio de la corporación.

2. Elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas

El consultante cita el artículo 2° del Acto Legislativo No. 02 de 2015, mediante el cual se modificó el artículo 126 de la Constitución con inclusión de varias disposiciones nuevas, como la de la elección de los servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, previa una convocatoria pública reglada por la ley. Dice así esta norma:

"ARTÍCULO 2°. El artículo 126 de la Constitución Política quedara así:

Los servidores públicos no podrán en ejercicio de sus funciones, nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén; ligados por matrimonio o unión permanente.

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

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

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

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrá ser reelegido para el mismo. Tampoco podrá ser
Concepto Sala de Consulta C.E. 2406 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil **EVA - Gestor Normativo**

nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elección popular, sino un año después de haber cesado en el ejercicio de sus funciones:

<Aparte tachado INEXEQUIBLE> Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la Republica y Registrador Nacional del Estado Civil¹.

La consulta menciona que de acuerdo con el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015, que modifico los incisos cuarto y octavo del artículo 272 de la Carta, los Contralores departamentales, distritales y municipales deben ser elegidos por las Asambleas departamentales, y los Concejos distritales y municipales, respectivamente, "*mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso*".

La consulta expresa que compete al Legislador fijar las reglas de la convocatoria pública mencionada por el artículo 126 de la Carta, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, y determinar el procedimiento correspondiente.

3. Reglas de la convocatoria pública para servidores públicos atribuida a las corporaciones públicas

Expresa el consultante que la Ley 1904 de 2018 que regule la convocatoria pública para la elección del Contralor General de la Republica, consagro un régimen de transición para la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, cuyo proceso de selección no haya sido regulado por la ley, en las siguientes normas:

"ARTICULO 11. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en lo que correspondan a la elección de los contralores departamentales, distritales, y municipales, en tanto el Congreso de la Republica expida disposiciones especiales para la materia".

"ARTICULO 12. Vigencia y derogaciones. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas (sic) disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5 de 1992.

Parágrafo transitorio. Mientras el Congreso de la Republica regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 ,de la Constitución Política; a presente ley se aplicara por analogía".

Se indica en la consulta que las disposiciones de esta ley, la cual rige desde el 27 de junio de 2018, se aplican en lo que correspondan, a la elección de los Contralores departamentales, distritales y municipales y también, por analogía, a las demás elecciones de servidores públicos a cargo de corporaciones públicas, según lo establecido por el artículo 126 de la Constitución Política.

Con base en lo expuesto, el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública formula la siguiente

Pregunta:

"¿Teniendo en cuenta que el secretario del concejo es de elección de la respectiva corporación, se consulta si para el procedimiento de la elección se debe aplicar lo señalado en la Ley 136 de 1994 o se debe aplicar por analogía el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018?

II. CONSIDERACIONES

Para dar respuesta al interrogante formulado por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, la Sala abordara los temas en el siguiente orden: i) La elección de los Secretarios de los Concejos Municipales; ii) El inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política y la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018; iii) La analogía de las normas jurídicas; iv) La aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, a la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales.

A. La elección de los Secretarios de los Concejos Municipales

La Constitución Política establece en el artículo 312, modificado por el artículo 5° del Acto Legislativo No. 1 de 2007, que en cada municipio hay una corporación político-administrativa elegida popularmente para periodos de cuatro (4) años que se denomina Concejo Municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros, según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva.

El artículo 313 de la Carta establece dentro de las funciones de los consejos, en el numeral 8°, la de elegir Personero para el periodo que fije- la ley "*y los demás funcionarios que esta determine*".

Dentro de tales funcionarios están los Secretarios de los Concejos Municipales, cuya elección se encuentra establecida en los artículos 35 y 37 de la Ley 136 del 2 de junio de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", los cuales señalan lo siguiente:

"ARTICULO 35. Elección de funcionarios. Los concejos se instalaran y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus periodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación². En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier periodo de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.

"ARTICULO 37. Secretario. El Concejo Municipal elegirá un secretario para un periodo de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizara en el primer periodo legal respectivo.

En los municipios de las categorías especial deberán acreditar título profesional. En la categoría primera deberán haber terminado estudios universitarios o tener título de nivel tecnológico. En las demás categorías deberán acreditar título de bachiller o acreditar experiencia administrativa mínima de dos años.

En caso de falta absoluta habrá nueva elección para el resto del periodo y las ausencias temporales las reglamentara el Concejo".

Como se aprecia en estas dos disposiciones, corresponde al Concejo Municipal "elegir" (es el verbo rector que utilizan ambas), al Secretario de dicha corporación pública para un periodo de un año, con la posibilidad de ser reelegido.

La consulta se dirige a determinar si para el procedimiento de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales se deben aplicar las normas de la Ley 136 de 1994 o se debe aplicar por analogía, lo dispuesto por la Ley 1904 de 2018, en virtud de lo ordenado por el párrafo transitorio del artículo 12 de esta Última ley, razón por la cual se debe analizar esta norma, no sin antes hacer -referencia al canon constitucional que estableció la convocatoria, pública previa a la elección de funcionarios por las corporaciones públicas.

B. El inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política y la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018

El artículo 2° del Acto Legislativo No. 02 de 2015, "Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones", modificó el artículo 126 de la Constitución y contemplo una disposición novedosa en el inciso cuarto, el cual señala lo siguiente:

"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". (Subraya la Sala)

Como se observa, esta norma superior establece que "salvo los concursos regulados por la ley", la elección de servidores públicos asignada a corporaciones públicas, como son los Concejos Municipales, debe hacerse previa una convocatoria pública reglada por la ley.

La ley debe fijar los requisitos y procedimientos, los cuales deben garantizar los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para la selección de tales servidores públicos.

Esta norma constitucional, al introducir la modalidad de convocatoria pública reglada por la ley, con determinación de los requisitos y procedimientos que garanticen los mencionados principios, modifica ciertamente, por ser de superior jerarquía normativa y además, posterior, lo establecido en los artículos 35 y 37 de la Ley 136 de 1994 sobre la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales.

Ahora bien, se observa en el panorama legislativo actual que solamente en un caso, el de la elección del Contralor General de la Republica, por parte del Congreso Nacional, conforme al inciso quinto (modificado por el artículo 22 del Acto Legislativo 2 de 2015) del artículo 267 de la Constitución que remite al 126 de la misma, se ha reglamentado mediante una ley la convocatoria pública para dicha elección.

Se trata de la Ley 1904 de 2018, la cual extendió sus previsiones en lo que correspondan, a la elección de los Contralores departamentales, distritales y municipales, en tanto el Congreso Nacional expida disposiciones especiales sobre la materia (artículo 11).

Esta misma ley dispuso su aplicación por analogía, a las demás elecciones de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, mientras el Congreso regula dichas elecciones, conforme a lo señalado por el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución (artículo 12 párrafo transitorio, de la Ley 1904). Dentro de tales elecciones se encuentran lógicamente, las de los Secretarios de los Concejos Municipales.

La figura de la analogía de la ley o de manera más general, de las normas jurídicas, ha sido analizada por la Sala en varias oportunidades, como instrumento de hermenéutica legal y también de integración del ordenamiento jurídico, razón por la cual la Sala se refiere a ella en el siguiente punto.

C. La analogía de las normas jurídicas

La Sala se ha ocupado en diversas ocasiones, de la analogía como una modalidad de interpretación de las normas jurídicas que sirve para dar solución a los vacíos normativos que se presentan, ante la imposibilidad de que las leyes y los reglamentos regulen todas las situaciones y circunstancias de las personas naturales y jurídicas y de sus relaciones sociales, económicas, políticas y culturales.

Es así que resulta oportuno citar el Concepto No. 2274 del 10 de noviembre de 2015, mediante el cual la Sala hizo un estudio sobre la analogía en el ámbito del derecho público y la posibilidad de su use dentro del marco del principio de legalidad.

En esa oportunidad, la Sala expresó lo siguiente:

"(...) la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 8°. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicaran las leyes que regulan casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".

Esta disposición, que forma parte de un conjunto de reglas generales orientadas a solucionar vacíos legislativos, incongruencia en las leyes, oposición entre ley anterior y ley posterior y la forma de hacer el tránsito legal de derecho antiguo a derecho nuevo (artículo 1 de la Ley 153 de 1887), fue declarada exequible por la Corte Constitucional en Sentencia C-083 de 1995, en la cual se indica que la analogía es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, *"pero que solo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquellos que explican y fundamentan la ratio juris o razón de ser de la norma."*

La analogía supone entonces (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho³. Si se dan estas condiciones, se permite aplicar la ley análoga o semejante:

*"7.2.7 De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra."*⁴

Ahora bien, pese a que no existe una prohibición para aplicar las reglas de interpretación normativa de la Ley 153 de 1887 en el ámbito del derecho público de hecho su uso es frecuente-, no pueden pasarse por alto los límites que se presentan en el caso particular de la analogía, debido a la sujeción de las autoridades administrativas al principio de legalidad (artículos 4, 121 y 122 C.P.). Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía:

"El imperio del derecho frente a la arbitrariedad en el ejercicio del poder constituye una de las más importantes garantías de las libertades ciudadanas, pues permite la vigilancia y el control de los actos y de los agentes del poder, el reclamo por el cumplimiento de los objetivos y finalidades estatales, el ejercicio de las acciones en interés general o particular, la realización de la justicia y el mantenimiento de la seguridad jurídica como fines últimos del derecho."

Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado."⁵

También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria⁶, sancionatoria⁷, de inhabilidades e incompatibilidades⁸ y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas⁹ a prohibitivas¹⁰.

Por lo demás, si la analogía se aplica dentro del marco del principio de legalidad y con respeto del debido proceso y los derechos fundamentales de los ciudadanos, es una herramienta válida para solucionar también problemas jurídicos más en el ámbito del derecho administrativo. Debe recordarse, como se señaló en la Sentencia C-083 de 1995, que en la analogía no hay apartamiento o separación de la ley sino precisamente lo contrario, es decir, reafirmación de que una determinada situación será regida por una norma legal que regula una hipótesis que en esencia responde a la misma razón jurídica de aquella que se debe atender. Así, en el razonamiento por analogía el operador jurídico, que en el caso analizado serían las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, *"no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley"*¹¹.

Sobre este último aspecto la Corte Constitucional reiteró recientemente que cuando se recurre a la analogía legis o a la analogía iuris para resolver una determinada cuestión de derecho¹², *"en realidad [se] aplica la "ley", pues "las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y las reglas generales del derecho que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la ley"*¹³. De este modo, se ha aclarado que la analogía no es una fuente subsidiaria del derecho -como la doctrina constitucional o los principios generales del derecho que también se mencionan en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 y se aplican en ausencia de referentes normativos- sino que queda comprendida en el mandato superior de sujeción a la "Constitución y la ley" (artículo 230 C.P.)¹⁴.

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

Además, el propio CPACA consagra principios orientadores que como indica su artículo 3° sirven a las autoridades para *"interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos"*.

En el evento de la aplicación de la Ley 1904 de 2018 sobre la elección del Contralor General de la República, se observa que el párrafo transitorio del artículo 12 ordena la aplicación de la analogía a las demás elecciones de servidores públicos por corporaciones públicas, y en realidad, se cumplen a cabalidad los presupuestos necesarios para el uso de la analogía, a saber: (i) ausencia de ley aplicable; (ii) existencia de una ley que regula un asunto semejante; y (iii) identidad de razón jurídica.

D. La aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, a la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales

La Ley 1904 del 27 de junio de 2018, "Por la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la Republica por el Congreso de la Republica", dispone en su artículo 12 lo siguiente:

"ARTICULO 12. Vigencia y derogaciones. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación¹⁵ y deroga todas (sic) disposiciones que le sean contrarias, en especial el artículo 23 de la Ley 5 de 1992.

Parágrafo transitorio. Mientras el Congreso de la Republica regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicara por analogía". (Subraya la Sala).

El verbo rector "aplicar" que utiliza el parágrafo transitorio del artículo 12, esta empleado en tiempo futuro: "se aplicara", de manera que hay un mandato de aplicar la analogía en las demás elecciones de servidores públicos, es decir, distintas a las del Contralor General de la Republica (arts.1 y ss.) y los Contralores departamentales, distritales y municipales (art.11), atribuidas a las corporaciones públicas, conforme a lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política.

Así las cosas, ante la pregunta de la consulta, la Sala encuentra que en el caso específico de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales por parte de estos, se deben aplicar por analogía, las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, conforme a lo establecido por el parágrafo transitorio del artículo 12 de esta, por cuanto dichos Secretarios son servidores públicos y los Concejos Municipales constituyen corporaciones públicas, lo cual significa que se dan los supuestos de la norma contenida en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, al cual remite el citado parágrafo transitorio.

Resulta pertinente mencionar que el artículo 6° de la Ley 1904 de 2018 establece las etapas del proceso de selección, así:

"ARTÍCULO 6°. Etapas del Proceso de Selección:

El proceso para elección del Contralor General de la Republica tendrá obligatoriamente las siguientes etapas:

1. La convocatoria.
2. La inscripción.
3. Lista de elegidos (sic, en el numeral 3 de la norma se habla de "aspirantes admitidos a la convocatoria pública).
4. Pruebas.
5. Criterios de selección.
6. Entrevista.
7. La conformación de la lista de seleccionados, y
8. Elección.

El mismo artículo 6° detalla las seis primeras etapas y los artículos 7° a 10 de la citada ley establecen la conformación y funciones de una Comisión Accidental de la corporación para definir la lista de elegibles, y la fijación por parte de la Mesa Directiva, de la fecha y hora de la elección.

Ahora bien, en la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales se debe aplicar, de manera analógica, la Ley 1904 de 2018, de modo que en las disposiciones referentes al procedimiento de selección en las cuales se menciona al Congreso de la República, se debe entender que se alude al Concejo Municipal, y en donde se habla de la Mesa Directiva del Congreso se debe hacer la equivalencia con la Mesa Directiva del Concejo Municipal.

En otras palabras, en la aplicación de la Ley 1904 de 2018 por analogía, en el caso analizado, se deben aplicar las disposiciones de dicha ley que resultan pertinentes a la elección del Secretario del Concejo Municipal.

En este orden de ideas, la Sala considera necesario anotar que en la aplicación analógica de la Ley 1904 de 2018, los Concejos Municipales deben tener en cuenta la categoría y la complejidad de los municipios, para efectuar la elección del Secretario de la corporación, de forma que, con observancia de los plazos fijados por dicha ley, adapten el procedimiento establecido en la misma, a las condiciones sociales y económicas del municipio, con la finalidad de que su aplicación sea eficaz, ágil y oportuna.

En este punto, la Sala estima oportuno mencionar que el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución al señalar que "*la elección de los servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley*", no hizo ninguna distinción o precisión respecto de los servidores públicos y las corporaciones públicas, de manera que no se pueden hacer distinciones en este caso, conforme al aforismo latino que dice que "*Donde la ley no distingue, no le es dable al interprete distinguir*"¹⁶.

Adicionalmente, sin perjuicio de lo expresado sobre la aplicación de la analogía para que los Concejos Municipales procedan a elegir a sus Secretarios, la Sala desea reiterar la exhortación respetuosa hecha al Congreso de la República y al Gobierno Nacional, mediante el Concepto No. 2274 del 10 de noviembre de 2015, en los siguientes términos:

"(...) la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado exhorta al Congreso de la Republica y al Gobierno Nacional para que si aún
Concepto Sala de Consulta C.E. 2406 de 2018 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

no se hubiere hecho, tramiten en el más corto plazo posible y a más tardar en la próxima legislatura, el proyecto de ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública que se establece en los artículos 126, 178A, 231, 257, 267¹⁷ y 272 de la Constitución Política.

Advierte la Sala que estas disposiciones imponen el deber claro y expreso al Congreso de la República de expedir una ley que regule de manera específica y diferenciada la convocatoria pública, razón por la cual no es una opción constitucionalmente válida omitir su cumplimiento. En el logro de dicho fin está comprometido también el Gobierno Nacional, en virtud del deber constitucional de colaboración (artículo 113) y de la calidad que tiene el Presidente de la República de "suprema autoridad administrativa" (artículo 189), condición esta que lo obliga a velar por el mejor cumplimiento posible de la función administrativa en todos sus niveles.

No sobra advertir que la tramitación de esta ley reviste urgencia, pues más allá de que los próximos contralores territoriales puedan elegirse con base en normas legales aplicadas por analogía, es posible que se presenten renunciaciones o vacantes definitivas en los próximos años, lo que exigirá nuevamente la aplicación de una convocatoria pública. Además, de la ley que desarrolle el artículo 126 de la Constitución Política, depende también la elección de otros diversos servidores públicos, por lo que su expedición es un imperativo constitucional irrenunciable para el Congreso de la República y el Gobierno Nacional.

Para estos efectos la Sala, en desarrollo de su función constitutiva y de preparación y revisión de textos normativos, estará atenta a prestar la colaboración que se estime necesaria por parte del Gobierno Nacional"

Por último, la Sala deja en claro que el presente concepto es aplicable únicamente a los Secretarios de los concejos Municipales, sobre los cuales versa esta consulta, por cuanto si se trata de la elección de otros servidores públicos por parte de corporaciones públicas, será necesario estudiar en cada caso, la normatividad aplicable específicamente y analizar si es procedente o no la aplicación de la analogía.

III. LA SALA RESPONDE

"¿Teniendo en cuenta que el secretario del concejo es de elección de la respectiva corporación, se consulta si para el procedimiento de la elección se debe aplicar lo señalado en la Ley 136 de 1994 o se debe aplicar por analogía el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018?

Para el procedimiento de la elección de los Secretarios de los Concejos Municipales se debe aplicar la analogía prevista en el parágrafo transitorio del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, y por tanto, tienen aplicación las disposiciones de esta ley que resulten pertinente a dicha elección, mientras el Congreso de la República la regula, conforme a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política.

La Sala deja en claro que el presente concepto es aplicable únicamente a los Secretarios de los Concejos Municipales, sobre los cuales versa esta consulta, por cuanto si se trata de la elección de otros servidores públicos por parte de corporaciones públicas, será necesario estudiar en cada caso, la normatividad aplicable específicamente y analizar si es procedente o no la aplicación de la analogía.

Remítase al señor Director del Departamento Administrativo de la Función Pública y a la Secretaria Jurídica de la Presidencia de la República.

OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

PRESIDENTE DE LA SALA

GERMAN ALBER BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

EDGAR GONZALEZ LOPEZ

CONSEJERO DE ESTADO

ÁLVARO NAMEN VARGAS*

CONSEJERO DE ESTADO

LUICA MAZUERA ROMERO

SECRETARIA DE LA SALA

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 La Corte Constitucional declare) exequible este artículo, mediante la Sentencia C-29 del 2 de mayo de 2018, salvo el aparte tachado "Miembro de la Comisión de Aforados", declarado inexecutable por la Sentencia C-373 de 2016. La Corte también declare) exequible la expresión subrayada "Miembro del Consejo Nacional Electoral", por medio de la Sentencia C-94 del 15 de febrero de 2017.

2 Esta frase inicial del artículo 35 fue declarada exequible por la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C-107 del 15 de marzo de 1995.

3. Sentencia SU-975 de 2003: "El principio de la analogía, o argumento a simili, consagrado en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la Última el precepto estatuido respecto de la primera."

4 Sentencia T-734 de 2013.

5 Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2000. Radicación numero: 16973. Ver también de la Sección Cuarta la Sentencia del 28 de agosto de 1992, exp. 1992-4158: "En ningún caso es viable la analogía como procedimiento discrecional de corporaciones, Órganos o funcionarios administrativos, para la adopción permanente de preceptos jurídicos, en órbita territorial o respecto de materias no previstas expresamente por el sistema normativo que se pretende acoger."

6 Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de noviembre de 2007, exp. 2000-0718.

7. Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de noviembre de 2007, exp. 2006-02007. Igualmente del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 22 de septiembre de 2004, exp. 2002-0117.

Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 16 de febrero de 2012, exp. 2009-00103.

9 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 1998, exp. 1998-120 AC. Igualmente, de la Sección Quinta Sentencia del 28 de noviembre de 1995, exp.1995-1471.

10 "En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente." (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp.1993-1895.) Ver también Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 2007, exp. 2003-00126: "A ello Gabe agregar que (...) la responsabilidad de las personas igualmente debe tener origen en la ley según el artículo 6° de la Constitución Política, a cuyo tenor los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes', de allí que sea reiterativa y uniforme la jurisprudencia sobre la improcedencia de establecer responsabilidad a las personas por analogía o por extensión."

11 Sentencia C-083 de 1995: "(...) la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación".

12 "Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como 'analogía legis', y se la contrasta con la 'analogía juris' en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada." (Sentencia C-083 de 1995)

13 Sentencia C-284 de 2015.

14 ibídem.

15 La promulgación de esta ley ocurrió el 27 de junio de 2018 en el Diario Oficial No. 50.637, páginas 1 a 3.

16 "Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus": Donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir". Derecho Usual. Eduardo Rodríguez Piñeres. Editorial Temis, Bogotá, 1973, pág. 436.

Cabe anotar que en el Proyecto de Acto Legislativo No. 18 de 2014 — Senado, "Por medio del cual se adopta una reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y se dictan otras disposiciones", se incluyó la norma que finalmente, con algunas modificaciones, se convirtió en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución, pero en ella se mencionaban los servidores públicos y las corporaciones públicas en general, sin hacer distinciones, y en la correspondiente Exposición de Motivos no se hizo una precisión o explicación sobre esta norma específica. Gaceta del Congreso No. 458 del 3 de septiembre de 2014, páginas 1 a 12.

17 La Sala hace ahora, la salvedad del artículo 267 superior, el cual establece la convocatoria pública previa a la elección del Contralor General de la Republica, por cuanto esta ya fue reglamentada específicamente por la Ley 1904 de 2018, como se ha indicado en el presente concepto.

* La Secretaria de la Sala de Consulta y Servicio Civil hace constar que el señor Consejero de Estado, doctor Álvaro Namen Vargas participo en la sesión haciendo uso de medios virtuales, y aprobó la presente decisión, de conformidad con el artículo 63 de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, mediante correo electrónico aprobó el uso de su firma estampada por medios mecánicos.

Fecha y hora de creación: 2019-01-04 08:30:31