Función Pública

Concepto 2408 de 2019 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: Ãdgar GonzÃ¡lez LÃ³pez

BogotÃ¡, D.C., doce (12) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

RadicaciÃ³n interna: 2408

NÃºmero Ãnico: 11001-03-06-000-2018 -00236-00

Referencia: Prohibiciones y lÃmites para ejercer la facultad nominadora del Contralor General de la RepÃºblica.

El Director del Departamento Administrativo de la FunciÃ³n PÃºblica formula a la Sala una consulta, con el propÃ³sito de que se absuelvan algunos interrogantes relacionados con la aplicabilidad de la prohibiciÃ³n contenida en el inciso segundo del artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, en el caso del Contralor General de la RepÃºblica.

I. ANTECEDENTES

En el escrito de consulta se hace un recuento de los siguientes hechos y consideraciones :

1. El texto original del artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n PolÃtica de 1991 establecÃa:

"ARTÃCULO 126. Los servidores pÃºblicos no podrÃ¡n nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estÃ©n ligados por matrimonio o uniÃ³n permanente. Tampoco podrÃ¡n designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores pÃºblicos competentes para intervenir en su designaciÃ³n.

Se exceptÃºan de lo previsto en este artÃculo los nombramientos que se hagan en aplicaciÃ³n de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por mÃ©ritos".

2. Esta norma consagraba una prohibiciÃ³n para el servidor pÃºblico de nominar a personas que sean parientes de quienes tuvieron competencia para intervenir en su propia designaciÃ³n, en los grados de consanguinidad , afinidad y civiles mencionados en la misma disposiciÃ³n .

3. Esta prohibiciÃ³n no diferenciaba el grado de participaciÃ³n directa o indirecta que el potencial elector o nominador hubiese tenido en la designaciÃ³n del funcionario, pues disponÃa en tÃ©rminos irrestrictos que un funcionario pÃºblico no podÃa nominar a los parientes del servidor pÃºblico competente para intervenir en su designaciÃ³n.

4. Este artÃculo fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, cuyo texto final se transcribe a continuaciÃ³n:

"ARTÃCULO 126. Los servidores pÃºblicos no podrÃ¡n 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 estÃ©n ligados por matrimonio o uniÃ³n permanente .

Tampoco podrÃ¡n nombrar ni postular como servidores pÃºblicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n, ni con personas que tengan con estas los mismos vÃnculos seÃ±alados en el inciso anterior.

Se exceptÃºan de lo previsto en este artÃculo los nombramientos que se hagan en aplicaciÃ³n de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por mÃ©ritos en cargos de carrera.

Salvo los concursos regulados por la ley, la elecciÃ³n de servidores pÃºblicos atribuida a corporaciones pÃºblicas deberÃ¡ estar precedida de una convocatoria pÃºblica reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad , transparencia, participaciÃ³n ciudadana, equidad de gÃ©nero y criterios de mÃ©rito para su selecciÃ³n.

Quien haya ejercido en propiedad alguno de los cargos en la siguiente lista, no podrÃ¡ ser reelegido para el mismo. Tampoco podrÃ¡ ser nominado para otro de estos cargos, ni ser elegido a un cargo de elecciÃ³n popular, sino un aÃ±o despuÃ©s de haber cesado en el ejercido de sus funciones (...)"
Resalta la Sala

5. A consideraciÃ³n de la entidad consultante , en la nueva norma, la prohibiciÃ³n relativa a la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos se torna un poco mÃ¡s especÃfica , al precisar que se aplica en relaciÃ³n con quienes hubieren intervenido en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del servidor pÃºblico, o los familiares de aquellos, en los grados de parentesco que la misma norma consagra .

6. El inciso 5 del art. 267 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, establece:

"El Contralor serÃ¡ elegido por el Congreso en Pleno, por mayorÃa absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la RepÃºblica, de lista de elegibles conformada por convocatoria pÃºblica con base en lo dispuesto en el artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n y no podrÃ¡ ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo".

7. En virtud de la referida disposiciÃ³n , se expidiÃ³ la Ley 1904 de 2018, por medio de la cual se establecen las reglas de la convocatoria pÃºblica previa a la elecciÃ³n de Contralor General de la RepÃºblica por el Congreso de la RepÃºblica, desarrollada posteriormente por la Mesa Directiva del Congreso de la RepÃºblica, a travÃ©s de la ResoluciÃ³n No 007 del 19 de julio de 2018, modificada a su vez por las Resoluciones No 008 del 19 de julio y No 009 del 26 de julio del mismo aÃ±o.

8. La Ley 1904 de 2018 establece una convocatoria pÃºblica y unas pruebas de conocimientos de carÃ¡cter eliminatorio y, adicionalmente, las siguientes reglas que implican etapas o actividades por parte de los miembros del Congreso de la RepÃºblica en el proceso de postulaciÃ³n y elecciÃ³n del Contralor de la RepÃºblica:

Ley 1904 de 2018

"ART. 6. Etapas del proceso de selecciÃ³n
(...)

6. Entrevista

Una vez seleccionados tos 1O elegibles, fas Plenarias de Senado y CÃ¡mara escucharÃ¡n por separado y por el tiempo que seÃ±ale la Mesa Directiva a cada uno de los candidatos.

Cumplido lo anterior las Mesas Directivas de Senado y CÃ¡mara convocarÃ¡n al Congreso Pleno para elegir al Contralor.

(...)

ART. 7. El Congreso conformarÃ¡ una ComisiÃ³n accidental para definir la lista de elegibles.

1. La CÃ¡mara de Representantes elegirÃ¡ un representante por cada partido con representaciÃ³n en esa cÃ¡mara. Si hubiere un partido con representaciÃ³n en el Senado y sin representaciÃ³n en la CÃ¡mara de Representantes, este se incluirÃ¡ por derecho propio.

2. El Senado elegirÃ¡ por el mecanismo de cuociente electoral el mismo nÃºmero de miembros que resulte del numeral anterior.

9. Para la entidad consultante, de las etapas y actividades que comprenden el procedimiento de elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, frente a la aplicabilidad de la prohibiciÃ³n contenida en el inciso segundo del artÃculo 126 constitucional, surgen diversas inquietudes de la mayor relevancia jurÃdica, no solo para que el Contralor General de la RepÃºblica no incurra en prohibiciones constitucionales, sino para garantizar la igualdad en el acceso a los cargos pÃºblicos.

10. Por estas razones, el Director del Departamento Administrativo de la FunciÃ³n PÃºblica formula a la Sala las siguientes preguntas:

1. Â¿El procedimiento de convocatoria pÃºblica, seguida de una lista de elegibles y posterior elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, es en sÃ mismo un proceso de elecciÃ³n por mÃ©rito y, por tanto, exento de la prohibiciÃ³n contenida en el inciso segundo del artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, en relaciÃ³n con los miembros del Congreso de la RepÃºblica?

2. Â¿CuÃ¡l es el alcance de la expresiÃ³n "haber intervenido " en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica?

3. Â¿La prohibiciÃ³n contenida en el inciso 126 de la Carta PolÃtica de haber intervenido en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, se interpreta:

3.1. Â¿Para la totalidad de los miembros del Congreso de la RepÃºblica, independientemente que haya intervenido o no en fa elecciÃ³n de la comisiÃ³n accidental para definir fa lista de elegibles, ser miembro de la comisiÃ³n accidental o participar en las plenarias de Senado y CÃ¡mara?

3.2. Â¿Exclusivamente para los congresistas asistentes el dÃa de la votaciÃ³n y elecciÃ³n?

4. Â¿Los congresistas que se declararon impedidos y les fue aceptado su impedimento se encuentran enmarcados en fa prohibiciÃ³n del inciso segundo del artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n PolÃtica? AsÃ mismo, se encuentran en esta prohibiciÃ³n los congresistas que no asistieron a la sesiÃ³n donde se eligiÃ³ al Contralor General de la RepÃºblica por excusa justificada o no?
Â
5. Â¿Los Congresistas presentes o que hayan intervenido en las entrevistas rendidas por los candidatos a Contralor General, se encuentran dentro de la prohibiciÃ³n contenida en el artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n PolÃtica?

6. En el evento que el Contralor General de la RepÃºblica haya delegado la facultad para nominar o celebrar contratos en Ja ContralorÃa General de la RepÃºblica, Â¿La prohibiciÃ³n del inciso segundo del artÃculo 126 aplica de la misma manera para nombrar o contratar a quienes intervinieron en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica y de las personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estÃ©n ligados por matrimonio o uniÃ³n permanente?

II. Problema jurÃdico

Del contexto fÃ¡ctico y normativo expuesto en la consulta del Departamento Administrativo de la FunciÃ³n PÃºblica y de las preguntas formuladas a la Sala, se extrae que el problema jurÃdico que se debe resolver en esa oportunidad es cuÃ¡l es el alcance de la prohibiciÃ³n y de la excepciÃ³n contenida en el art. 126 de la C.P., en relaciÃ³n con el ejercicio de la facultad nominadora del Contralor General de la RepÃºblica frente a las personas que intervinieron en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n, o de sus familiares en los grados previstos en la misma norma.

III. AnÃ¡lisis jurÃdico.

Para resolver los problemas jurÃdicos enunciados, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: 1. Finalidad y alcance del art. 126 constitucional. En especial, la prohibiciÃ³n contenida en el inciso segundo ibÃdem.

2. La configuraciÃ³n de la prohibiciÃ³n contenida en el inciso 2 del art. 126 Superior, frente a la figura de la delegaciÃ³n. 3. La finalidad y alcance de la excepciÃ³n contenida en el artÃculo 126 Superior, en relaciÃ³n con la prohibiciÃ³n a la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos.

IV. CONSIDERACIONES

1. Finalidad y alcance del art. 126 constitucional. En especial, de la prohibiciÃ³n contenida en el inciso segundo ibÃdem.

El propÃ³sito y finalidad del art. 126 Superior han sido expuestos y explicados en reiterada jurisprudencia de esta corporaciÃ³n[1], que hoy se reiteran.

AsÃ, en sentencia de unificaciÃ³n del 7 de diciembre de 2016, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo advierte que la citada norma fue introducida por el constituyente de 1991, en consonancia con la finalidad de evitar y eliminar del ordenamiento jurÃdico colombiano, fenÃ³menos como el nepotismo, el clientelismo y el intercambio de favores en el acceso a los cargos pÃºblicos, e incentivar en estos la prevalencia de valores como el mÃ©rito y la transparencia[2] .

De conformidad con estos propÃ³sitos, el texto original del art. 126 establecÃa:

"Los servidores pÃºblicos no podrÃ¡n nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estÃ©n ligados por matrimonio o uniÃ³n permanente .

Tampoco podrÃ¡n designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores pÃºblicos competentes para intervenir en su designaciÃ³n.

Se exceptÃºan de lo previsto en este artÃculo los nombramientos que se hagan en aplicaciÃ³n de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por mÃ©ritos "

Subraya y destaca la Sala

Como se observa, la norma transcrita contiene varios preceptos relativos a las actuaciones que se encuentran prohibidas a los servidores pÃºblicos en ejercicio de su facultad nominadora .

En primer lugar, la norma prohibiÃ³ al servidor pÃºblico ejercer su potestad nominadora para designar como empleados pÃºblicos a sus parientes, dentro de los grados previstos en la misma disposiciÃ³n. Sin duda, este precepto estÃ¡ dirigido a erradicar el nepotismo y la concentraciÃ³n del poder, pues impide que los servidores pÃºblicos favorezcan a sus familiares, al otorgarles cargos o empleos pÃºblicos por el mero hecho de serlo, sin tener en cuenta otros mÃ©ritos y replicando clanes familiares en los cargos pÃºblicos.

De manera adicional, la norma vedÃ³ al servidor pÃºblico la posibilidad de "designar" a parientes -en los grados indicados en la norma- de los servidores pÃºblicos competentes para intervenir en su "designaciÃ³n".

Como lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporaciÃ³n, esta disposiciÃ³n tuvo el claro objetivo de censurar y proscribir la nociva prÃ¡ctica

del intercambio de favores denominada "yo te elijo tÃº me eliges'', en garantÃa de la Ã©tica pÃºblica, de la transparencia y de la igualdad en el acceso a los cargos pÃºblicos, pues con ella se garantiza que quienes hayan sido elegidos para un cargo pÃºblico, no puedan luego nominar a los familiares de aquellos que intervinieron en su designaciÃ³n[3]

Ahora bien, de conformidad con esta teleologÃa de la norma, la misma jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha concluido que el inciso segundo del artÃculo 126 superior -texto original- prohibÃa al servidor pÃºblico:

"(...) ejercer su potestad nominadora para designar (postular, nombrar, elegir, participar, intervenir a los parientes de aquellos que tuvieron competencia para participar en su propia designaciÃ³n o que efectivamente intervinieron en Ja misma".

Para estos efectos, la jurisprudencia precisÃ³ que el verbo "designar" utilizado por el legislador en el inciso segundo del art. 126 Superior, debÃa ser interpretado en consonancia con la finalidad de la norma, asÃ:

"La expresiÃ³n designar, empleada en Ja segunda de sus acepciones - Diccionario de Ja Lengua EspaÃ±ola- significa "seÃ±alar o destinar a alguien o algo para determinado fin". Tal circunstancia resulta del todo relevante pues, su amplitud impone concluir que cobija, dentro de los escenarios que la norma proscribe, la postulaciÃ³n, nombramiento y la elecciÃ³n y no sÃ³lo la Ãºltima de estas expresiones".

En efecto, desde los antecedentes de Ja propia Asamblea Nacional Constituyente se tiene que esa CorporaciÃ³n utilizÃ³ el vocablo designar, por ser la expresiÃ³n mÃ¡s amplia, de tal manera que al no querer los constituyentes caer en demasiado reglamentarismo emplearon el verbo designar, que comprende verbos como: nombrar, postular, elegir, intervenir o participar en la designaciÃ³n para incluir cualquier tipo de seÃ±alamiento de alguien[4] .

SeÃ±alaron textualmente los constituyentes: "la incompatibilidad debe extenderse hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, los primos, y en relaciÃ³n con las postulaciones (...)"[5]. TambiÃ©n expresaron la necesidad de incluir no sÃ³lo el nombramiento de empleados sino de la facultad para "concurrir a su elecciÃ³n".

(Resaltado del texto)

(...)

"En este aspecto los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente[6] resultan, por decir lo menos, ilustrativos en su intenciÃ³n diÃ¡fana de "desnepotizar la AdministraciÃ³n PÃºblica o el Servicio PÃºblico" al "impedir que las familias se tomen los empleos."

En palabras de los Constituyentes "AquÃ buscamos evitar que los funcionarios que ejercen Ja autoridad comiencen a nombrar a sus familiares o a los familiares de quienes participaron [de la designaciÃ³n] de ese funcionario ".

En suma, sin lugar a dudas se puede concluir que "la norma [artÃculo 126] busca erradicar, no sÃ³lo el favoritismo familiar, sino todo el que pueda comprometer la imparcialidad de los funcionarios que intervienen en Ja elecciÃ³n o, lo que es lo mismo, empaÃ±ar una actuaciÃ³n que debe asegurar condiciones de igualdad en el acceso y, al paso, garantizar transparencia y objetividad."[7]

Resalta la Sala

Como se aprecia, a partir del contenido axiolÃ³gico de la prohibiciÃ³n consagrada en el inciso segundo del art. 126 Superior, la jurisprudencia le atribuye a la norma un alcance que no se limita a su literalidad, sino que va dirigida a hacer primar la finalidad pretendida por el constituyente.

En efecto, los tÃ©rminos "designar" y "designaciÃ³n" incorporados en el inciso segundo del art. 126 primigenio de la C.P., son interpretados desde una perspectiva histÃ³rica y teleolÃ³gica, para concluir que la norma prohÃbe que el servidor pÃºblico nomine o elija al familiar del funcionario que a su vez fue competente para su nominaciÃ³n o elecciÃ³n. Pero ademÃ¡s, los tÃ©rminos "designar" o designaciÃ³n tambiÃ©n implican una "postulaciÃ³n" y, por tanto, la norma se extiende a la prohibiciÃ³n de postular, nombrar o elegir a los familiares de las personas competentes para la postulaciÃ³n, nombramiento o elecciÃ³n del servidor pÃºblico.

Ahora bien, aunque en la exposiciÃ³n de motivos del Acto Legislativo 2 de 2015 no se hace una referencia expresa al respecto, es posible deducir que la interpretaciÃ³n teleolÃ³gica que se acaba de analizar, fue la que pretendiÃ³ plasmar el Gobierno cuando propuso la modificaciÃ³n del inciso segundo del art. 126 Superior.

En efecto, en la exposiciÃ³n de motivos del proyecto de Acto Legislativo 2 de 2015, "Por medio del cual se adopta una reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional (. ..)" y al que le correspondiÃ³ el nÃºmero 18 de 2014 - Senado-, se indica que:

"El objetivo de esta reforma es sustentar la legitimidad de las instituciones democrÃ¡ticas, que han resultado reciamente afectadas por un ejercicio polÃtico que, por causas diversas, se ha visto abocado al desbarajuste propio de una reforma que afectÃ³ los periodos en los cuales se sustentaban los pesos y contrapesos de la ConstituciÃ³n de 1991".

Con base en este objetivo, el Gobierno Nacional planteÃ³ tres ejes temÃ¡ticos de la reforma constitucional, entre ellos, el de "mejorar el sistema de controles", para lo cual plantea la necesidad de introducir medidas dirigidas a:

-. Adoptar reglas para impedir intercambio de favores entre controladores y controlados",

-. Adoptar como regla general procedimientos objetivos, transparentes y pÃºblicos para la postulaciÃ³n y elecciÃ³n de candidatos a los Ã³rganos de control,

(…)[8]

Ahora bien, como se extrae de una lectura integral del proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014, una de las propuestas normativas con la que se buscÃ³ fortalecer las reglas para impedir intercambio de favores ente controladores y controlados , y contribuir a la transparencia en el procedimiento de postulaciÃ³n y elecciÃ³n de candidatos a los Ã³rganos de control, fue la modificaciÃ³n del inciso 2 del art. 126 de la C.P.

En efecto, el texto del art. 1 del referido proyecto de acto legislativo, posteriormente acogido en el art. 2 del Acto Legislativo 2 de 2015 , mantuvo en lo esencial la finalidad o el propÃ³sito para el que inicialmente se habÃa previsto el artÃculo 126 primigenio, en relaciÃ³n con las prohibiciones a la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos.

No obstante, como se desprende de su lectura, la nueva disposiciÃ³n tuvo como objetivo precisar el alcance de las prohibiciones previstas en relaciÃ³n con la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos, en el sentido amplio y teleolÃ³gico que ya habÃa fijado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta CorporaciÃ³n , esto es, en el sentido de que los servidores pÃºblicos no pueden nominar o postular a un servidor pÃºblico que intervino en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n , ni a los familiares de este en los grados establecidos en la disposiciÃ³n.

En este sentido, precisÃ³ la norma lo siguiente :

"(…) Tampoco podrÃ¡n nombrar ni postular como servidores pÃºblicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n, ni con personas que tengan con estas los mismos vÃnculos seÃ±alados en el inciso anterior".

De conformidad con la literalidad de la norma, es evidente la intenciÃ³n del constituyente secundario de cerrar aÃºn mÃ¡s las puertas a la prÃ¡ctica del "yo te elijo, tÃº me eliges" o al intercambio de favores en el acceso a los cargos pÃºblicos, asÃ:

i) En primer lugar, la norma original prohibÃa al servidor pÃºblico "designar" a los familiares de aquellas personas que habÃan intervenido en su designaciÃ³n, lo que desde el punto de vista interpretativo podÃa limitar el alcance de la prohibiciÃ³n, a la nominaciÃ³n o elecciÃ³n de los familiares de los funcionarios que intervinieron en la nominaciÃ³n o elecciÃ³n del servidor pÃºblico. Por su parte, la nueva disposiciÃ³n constitucional, en consonancia con la interpretaciÃ³n teleolÃ³gica que habÃa realizado la Sala Plena del Consejo de Estado de la norma primigenia, estableciÃ³ expresamente que la inhabilidad cobijaba la acciÃ³n de nombrar o postular a un familiar de la persona que hubiese intervenido en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n.

ii) De manera adicional, de conformidad con la nueva disposiciÃ³n, la prohibiciÃ³n se configura no solo en relaciÃ³n con los familiares de los servidores pÃºblicos que a su vez intervienen en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del nominador, sino en relaciÃ³n con el mismo servidor pÃºblico que intervino en la designaciÃ³n o postulaciÃ³n del nominador.

De esta forma, se cierra la puerta al intercambio de favores en el acceso a los cargos pÃºblicos, en especial a la prÃ¡ctica del "yo te elijo, tÃº me eliges" , con el objetivo de garantizar la imparcialidad y la transparencia en los procesos de elecciÃ³n de los servidores pÃºblicos y, al mismo tiempo, las condiciones de igualdad y objetividad en el acceso a los cargos pÃºblicos.

iii) Finalmente, el Acto Legislativo 2 de 2015 hizo una nueva calificaciÃ³n de los sujetos en relaciÃ³n con los cuales se predica la prohibiciÃ³n del servidor pÃºblico de hacer postulaciones o nombramientos en cargos pÃºblicos.

En efecto, el texto original del inciso segundo del art. 126 Superior, solo prohibÃa al servidor pÃºblico designar a los familiares de los "servidores pÃºblicos competentes" para intervenir en su designaciÃ³n.

Por su parte, la nueva disposiciÃ³n configura la prohibiciÃ³n en relaciÃ³n con "quienes hubieren intervenido en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n, con lo que parece haber concebido la prohibiciÃ³n, no respecto de todos los servidores pÃºblicos competentes para intervenir en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del servidor pÃºblico, sino en relaciÃ³n con aquellos que hubiesen intervenido efectivamente en estas.

En definitiva, se puede afirmar que cuando el Acto Legislativo 2 de 2015 eliminÃ³ la referencia al "servidor pÃºblico competente'', en alguna medida limitÃ³ o restringiÃ³ a las personas en relaciÃ³n con las cuales se podrÃa configurar la prohibiciÃ³n que se analiza. _En efecto, de acuerdo con la literalidad de la nueva disposiciÃ³n , un servidor pÃºblico no estarÃa impedido para postular o nombrar a un servidor pÃºblico competente para intervenir en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n -o a los familiares de este en los grados previsto por la norma-, pero que no intervino en estas.

Al respecto , se podrÃa advertir que la nueva norma busca establecer un equilibrio entre los distintos intereses involucrados en la misma.

De un lado, preserva el derecho a la igualdad y la imparcialidad en el acceso a los cargos pÃºblicos, pues no impide que un servidor pÃºblico puede nominar o postular a un servidor pÃºblico , o a un familiar de un servidor pÃºblico, que era formalmente competente para intervenir en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n , pero que no intervino en estas[9] , razÃ³n por la cual no hay fundamento para suponer que el nuevo nombramiento obedece a un intercambio de favores .

Del otro, garantiza que el servidor pÃºblico no pueda postular o nominar a cualquier persona que hubiese intervenido efectivamente en su nominaciÃ³n o postulaciÃ³n , o a los familiares de aquella dentro de los grados previstos en la norma, con lo que se erradica de manera mÃ¡s exhaustiva y certera la prÃ¡ctica del intercambio de favores en el acceso a los cargos pÃºblicos.

En este contexto, para determinar en su integridad el alcance del inciso 2 del art. 126 Superior , cobra especial relevancia el significado que se puede atribuir al tÃ©rmino "intervenir" utilizado por el inciso 2 del art. 126 Superior , cuya primera acepciÃ³n en el Diccionario de la Real Academia es "tomar parte en un asunto".

De conformidad con este significado , se puede afirmar, en principio, que la prohibiciÃ³n contenida en el inciso 2 del art. 126 Superior se configura en relaciÃ³n con quienes hayan tomado parte en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del servidor pÃºblico.

De manera adicional , cabe destacar que si el art 126 de la C.P. no hizo ninguna distinciÃ³n en relaciÃ³n con el tipo de intervenciÃ³n que haya podido realizar la persona, en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del servidor pÃºblico, no le es dable al intÃ©rprete hacerla.

Esta circunstancia, sumada a la finalidad o teleologÃa de la norma analizada, permite concluir que la prohibiciÃ³n impuesta al servidor pÃºblico, de no ejercer su facultad nominadora, se configura en relaciÃ³n con quienes hubiesen intervenido directa o indirectamente en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n como servidor pÃºblico (y los familiares de aquellos en los grados previstos en el art 126 ibÃdem), y no solo, por ejemplo, en relaciÃ³n con quienes hubiesen participado en la votaciÃ³n a travÃ©s de la cual se eligiÃ³ al servidor pÃºblico.

Mutatis mutandÃs, la prohibiciÃ³n no se configurarÃa, por ejemplo, en relaciÃ³n con un servidor pÃºblico legalmente competente para intervenir en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del servidor pÃºblico sujeto a la prohibiciÃ³n, pero que no intervino efectivamente en estas, por ejemplo, porque se declarÃ³ impedido para votar en la elecciÃ³n en la que se debÃa elegir al funcionario.

Lo anterior, claro estÃ¡, a menos que el servidor pÃºblico haya intervenido de alguna otra manera en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del funcionario, mÃ¡xime si el proceso de postulaciÃ³n y designaciÃ³n del referido servidor pÃºblico comprende varias etapas, tal como sucede con las elecciones de servidores pÃºblicos por parte de las corporaciones pÃºblicas.

En este orden de ideas, para los efectos de la presente consulta es importante destacar que, de acuerdo con la Ley 1904 de 2018, la elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica debe surtir las siguientes etapas:

"ARTÃCULO 6. Etapas del Proceso de SelecciÃ³n:

El proceso para la elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica tendrÃ¡ obligatoriamente las siguientes etapas:

1. La convocatoria,

2. La inscripciÃ³n,

3. Lista de elegidos,

4. Pruebas,

5. Criterios de selecciÃ³n,

6. Entrevista,

7. La conformaciÃ³n de la lista de seleccionados y,

8. ElecciÃ³n

1. Convocatoria. Entendida como el aviso pÃºblico, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en la convocatoria para la elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica. Corresponde efectuarla a la Mesa Directiva del Congreso de la RepÃºblica, en un tÃ©rmino no inferior a dos meses previos al inicio de la primera legislatura que comienza el 20 de julio del aÃ±o en que inicia tambiÃ©n el periodo constitucional del Presidente de la RepÃºblica.

En la misma se designarÃ¡ la entidad encargada de adelantar la convocatoria pÃºblica y deberÃ¡ contener como mÃnimo la siguiente informaciÃ³n:

a) los factores que habrÃ¡n de evaluarse,

b) los criterios de ponderaciÃ³n que aseguren el acceso en igualdad de oportunidades a los aspirantes,

c) fecha de fijaciÃ³n, lugar, fecha y hora de inscripciÃ³n y tÃ©rmino para la misma,

d) fecha de publicaciÃ³n de lista de admitidos y no admitidos,

e) fecha, hora y lugar de las pruebas de conocimiento,

f) trÃ¡mite de reclamaciones y recursos procedentes ,

g) fecha, hora y lugar de la entrevista,

(…)

La divulgaciÃ³n de la convocatoria serÃ¡ responsabilidad de la Mesa Directiva del Congreso de Ja RepÃºblica y podrÃ¡n emplearse los medios previstos en el artÃculo 15 del Decreto 1227 de 2005. No obstante, como mÃnimo deberÃ¡ publicarse en la pÃ¡gina web de cada una de las CÃ¡maras, garantizando el acceso permanente a la informaciÃ³n.

2. InscripciÃ³n. En esta etapa serÃ¡n registrados los aspirantes al cargo de Contralor General de la RepÃºblica que cumplan los requisitos establecidos en la ConstituciÃ³n y en esta Ley, debiendo acompaÃ±ar la hoja de vida junto con los soportes y acreditaciones de estudios y experiencia y los demÃ¡s anexos, en la forma, tÃ©rminos y condiciones previstos en la convocatoria.

(…)

3. Lista de admitidos a la convocatoria pÃºblica. Cerradas las inscripciones serÃ¡n elaboradas las listas de aspirantes admitidos a la convocatoria pÃºblica; previo dictamen emitido por las Comisiones de AcreditaciÃ³n Documental de ambas CÃ¡maras, conforme a lo establecido en el inciso 3 artÃculo 60 de la Ley 5 de 1992.

(…)

4. Pruebas. Las pruebas de conocimiento se dirigen a establecer la capacidad, idoneidad y aptitud del aspirante frente al cargo. La valoraciÃ³n de los factores anteriores se realizarÃ¡ a travÃ©s de pruebas de conocimiento objetivas, elaboradas por un establecimiento de educaciÃ³n superior pÃºblico o privado debidamente acreditado y con enfoque en temÃ¡ticas que giren en torno a Gerencia PÃºblica, control fiscal, organizaciÃ³n y funcionamiento de la ContralorÃa General de la RepÃºblica y las relaciones del ente de control y la administraciÃ³n pÃºblica.

(…)

6. Entrevista. Una vez seleccionados los 10 elegibles las Plenarias de Senado Y CÃ¡mara escucharÃ¡n por separado y por el tiempo que seÃ±ale la Mesa Directiva a cada uno de los candidatos.

Cumplido lo anterior las Mesas Directivas de Senado y CÃ¡mara convocarÃ¡n a Congreso Pleno para elegir al Contralor.

(…)

ARTÃCULO 7. El Congreso conformarÃ¡ una ComisiÃ³n accidental para definir la lista de elegibles:

1. La CÃ¡mara de Representantes elegirÃ¡ un representante por cada partido con representaciÃ³n en esa cÃ¡mara. Si hubiere un partido con representaciÃ³n en el Senado y sin representaciÃ³n en la CÃ¡mara de Representantes, este se incluirÃ¡ por derecho propio.

2. El Senado elegirÃ¡ por el mecanismo de cuociente electoral el mismo nÃºmero de miembros que resulte del numeral anterior.

ARTÃCULO 8. Funciones de la comisiÃ³n. La ComisiÃ³n de que trata esta ley, tendrÃ¡ las siguientes funciones:

1. Se entenderÃ¡n habilitados para continuar en el proceso al menos 20 personas.

2. La comisiÃ³n realizarÃ¡ audiencias pÃºblicas con la ciudadanÃa y todos los interesados para escuchar y examinar a los habilitados. Luego de lo cual seleccionarÃ¡ los 10 elegibles que serÃ¡n presentados ante el congreso en pleno.

3. Las demÃ¡s que Je seÃ±ale la Mesa Directiva.

ARTÃCULO 9. Fecha de la eleccIÃ³n. Cumplido el trÃ¡mite descrito en esta ley, dentro de los ocho (8) dÃas calendario siguientes, la Mesa Directiva del Congreso fijarÃ¡ fecha y hora para elegir al Contralor General de la RepÃºblica, exclusivamente de la lista previamente conformada".

(…)

Resalta la Sala

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la prohibiciÃ³n que cobija al Contralor General de la RepÃºblica, de postular o nombrar a quienes hayan intervenido en su postulaciÃ³n o designaciÃ³n, o a los familiares de estos en los grados previstos en el artÃculo 126 Superior, se configura en relaciÃ³n con los congresistas que intervinieron en las siguientes etapas y Ã³rganos previstos por la Ley 1904 de 2018 , para la eleccIÃ³n del Contralor General RepÃºblica:

i) Mesa Directiva del Congreso de la RepÃºblica, encargada de realizar la convocatoria para la elecciÃ³n del Contralor; verificar el cumplimiento de los requisitos mÃnimos para hacer parte de la lista de admitidos para este cargo; publicar la lista de admitidos previa validaciÃ³n de la ComisiÃ³n de AcreditaciÃ³n y resolver las reclamaciones de quienes no fueron admitidos[10].

ii) Comisiones de AcreditaciÃ³n Documental de ambas CÃ¡maras, encargadas de emitir el dictamen respecto a la lista de admitidos para la selecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica.

iii) En el nombramiento de los congresistas que harÃan parte de la ComisiÃ³n Accidental para la elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica.

iv) En la conformaciÃ³n y actuaciÃ³n de la ComisiÃ³n Accidental, encargada de realizar las audiencias pÃºblicas para escuchar a los habilitados para asumir el cargo de Contralor General y de elaborar la lista de elegibles para este cargo.

v) En las votaciones para la elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica.

Para finalizar, cabe destacar que la interpretaciÃ³n realizada en este concepto , respecto al alcance de las prohibiciones del art. 126 Superior segÃºn las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 2 de 2015, es concordante con la hermenÃ©utica que sobre el artÃculo 126 Superior realizÃ³ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta CorporaciÃ³n, en sentencia de unificaciÃ³n del 7 de diciembre de 2016, la cual se condensa en las siguientes consideraciones:

"(...) el artÃculo 126 Superior, como todos los postulados contenidos en la ConstituciÃ³n, es plenamente vinculante para todos los poderes pÃºblicos, sin que haya argumento que pueda excusar o mitigar su transgresiÃ³n, pues en todo caso prima la finalidad pretendida por el constituyente al consagrar la prohibiciÃ³n"[11] (Resalta la Sala).

2. La configuraciÃ³n de la prohibiciÃ³n contenida en el inciso 2 del art. 126 Superior frente a la figura de la delegaciÃ³n.

En la consulta elevada por el Director del Departamento Administrativo de la FunciÃ³n PÃºblica, se pregunta a la Sala si "En el evento que el Contralor General de la RepÃºblica haya delegado la facultad para nominar o celebrar contratos en la ContralorÃa General de la RepÃºblica, Â¿La prohibiciÃ³n del inciso segundo del artÃculo 126 aplica de la misma manera para nombrar o contratar a quienes intervinieron en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica y de las personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estÃ©n ligados por matrimonio o uniÃ³n permanente?".

Al respecto, cabe recordar que la figura de la delegaciÃ³n ha sido definida por la jurisprudencia como "una tÃ©cnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro Ã³rgano de la administraciÃ³n, mediante acto escrito, revocable, susceptible de recursos en vÃa gubernativa y sin que ello implique la pÃ©rdida de la titularidad de la funciÃ³n para el delegante"[12].

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2 del artÃculo 211 de la Carta PolÃtica[13], en concordancia con el artÃculo 12 de la Ley 489 de 1998[14], la delegaciÃ³n implica el traslado de funciones, competencias y responsabilidades del delegante al delegatario. En consecuencia, es el primero y no el segundo quien ejerce la funciÃ³n administrativa delegada , toma las decisiones inherentes a estas, y responde por las mismas.

En todo caso, el art. 12 ibÃdem tambiÃ©n establece que "los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarÃ¡n sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expediciÃ³n por la autoridad o entidad delegante y serÃ¡n susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas" (Resalta la Sala).

Como se puede observar, esta disposiciÃ³n encuentra fundamento en la exigencia de garantizar que el delegatorio ejerza las funciones que le han sido delegadas , en las mismas condiciones en las que las podrÃa ejercer el delegante.

Ahora bien, bajo esta misma perspectiva, se puede afirmar que los actos del delegatario estÃ¡n circunscritos a aquellos que podrÃa realizar el delegante. En consecuencia, aquel no puede realizar actuaciones que le estÃ©n prohibidas al delegante , como es el caso de los nombramientos seÃ±alados en el art. 126 Superior.

De manera adicional, no se puede perder de vista que de acuerdo con las disposiciones constitucionales y legales referidas, el delegante no pierde la titularidad de su cargo y se encuentra habilitado para revocar en cualquier momento el acto de delegaciÃ³n y resumir sus competencias, como tambiÃ©n para revisar los actos que profiriÃ³ el delegatario . Estas circunstancias evidencian que el ejercicio de las funciones delegadas a un servidor pÃºblico estÃ¡n influenciadas por el delegante , en virtud del vÃnculo funcional especial y permanente que se mantiene entre este y el delegatario.

Es asÃ como la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente, acerca de la delegaciÃ³n en el Ã¡mbito contractual[15]:

"(...) No constituye, de ninguna manera, el medio a travÃ©s del cual el titular de la funciÃ³n se desprende por completo de la materia delegada. Por el contrario, la delegaciÃ³n crea un vÃnculo permanente v activo entre delegante y delegatario, el cual se debe reflejar en medidas como las instrucciones que se impartan al delegatario durante la permanencia de la delegaciÃ³n : las polÃticas y orientaciones generales que se establezcan. en aplicaciÃ³n del principio de unidad de la administraciÃ³n, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisiÃ³n y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegaciÃ³n y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las

expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservarÃ¡ y ejercerÃ¡ las facultades que se le otorgan en razÃ³n de ser el titular del empleo al cual pertenecen las funciones que se cumplen por los delegatarios ".

Subraya la Sala

En definitiva, entre el delegante y el delegatario se conserva un vÃnculo , que le permite al primero mantener un grado de influencia y control sobre las decisiones del segundo , lo que en materia contractual conlleva a la responsabilidad del delegante por la falta de vigilancia y tutela sobre las actuaciones del delegatario.

Bajo esta misma perspectiva, puede afirmarse igualmente que las prohibiciones impuestas por el art. 126 Superior, a la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos, cobija tambiÃ©n el ejercicio de la facultad nominadora por parte del delegatario.

Lo anterior, teniendo en cuenta que las referidas prohibiciones tienen como objetivo garantizar la transparencia e imparcialidad en el ejercicio de la facultad nominadora del delegante, y que este mantiene una relaciÃ³n de influencia y control sobre las actuaciones del delegatario, mÃ¡s aÃºn cuando se trata de postular o nombrar a las personas que conformarÃ¡n su grupo de trabajo o apoyo.

Finalmente, la Sala considera que afirmar lo contrario serÃa abrir una puerta para que a travÃ©s de la figura de la delegaciÃ³n, se pueda despojar al art. 126 Superior de sus objetivos y fines.

En efecto, la referida disposiciÃ³n es plenamente vinculante para todos los servidores pÃºblicos y no existe en el ordenamiento jurÃdico una causa justificada, o una excepciÃ³n sustentada en la figura de la delegaciÃ³n, que permita desconocer este mandato constitucional y su finalidad. En efecto, la Ãºnica excepciÃ³n a las prohibiciones contempladas en el art. 126 Superior es la consagrada en forma expresa en la misma disposiciÃ³n , la cual se pasa a analizar a continuaciÃ³n.

En este sentido, comparte la Sala la siguiente conclusiÃ³n a la que llegÃ³ la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta CorporaciÃ³n , en sentencia de unificaciÃ³n de fecha 7 de diciembre de 2016, al determinar el contenido y alcance del art. 126 de la C.P:

"EstÃ¡ prohibido al servidor pÃºblico directamente o por interpuesta persona designar, postular , nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo designÃ³, nombrÃ³, eligiÃ³ o postulÃ³ a sus parientes en los grados referidos en la norma.

Resalta la Sala

Ciertamente, la finalidad de las prohibiciones previstas en el art. 126 ibÃdem podrÃa ser desvirtuada, si los servidores pÃºblicos pueden sustraerse de estÃ¡ ejerciendo su facultad nominadora por interpuesta persona, a travÃ©s de la delegaciÃ³n o por cualquier otra modalidad.

En consecuencia, aunque la norma no lo indica expresamente, se concluye que las prohibiciones contenidas en el art. 126 del C.P., en relaciÃ³n con la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos, cobija el ejercicio de la facultad nominadora por parte de sus delegatarios , pues leÃdo el texto a la luz de sus objetivos o fines, no cabe sino concluir la presencia de esta salvaguarda.

Lo contrario, esto es, admitir que una norma constitucional cuya finalidad consiste en garantizar transparencia y evitar el trÃ¡fico de favores en la postulaciÃ³n y designaciÃ³n de servidores pÃºblicos pueda ser omitida a travÃ©s de la figura de la delegaciÃ³n de funciones, no solo serÃa contrario a la finalidad de la norma, sino que ademÃ¡s podrÃa afectar el principio de moralidad que debe guiar el ejercicio de la funciÃ³n pÃºblica, en particular, la funciÃ³n nominadora de los servidores pÃºblicos.

3. La finalidad y alcance de la excepciÃ³n contenida en el artÃculo 126 Superior, en relaciÃ³n con la prohibiciÃ³n a la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos.

La regla del inciso 2Âº del artÃculo 126 Superior, mediante la cual se prohÃbe a los servidores estatales postular o nombrar en cargos pÃºblicos a quienes intervinieron en su designaciÃ³n o postulaciÃ³n, o a ciertos familiares de estos, estÃ¡ acompaÃ±ada del siguiente precepto:

"Se exceptÃºan de lo previsto en este artÃculo los nombramientos que se hagan en aplicaciÃ³n de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por mÃ©ritos en cargos de carrera".

Resalta y subraya la Sala

Para los efectos de la presente consulta, es relevante advertir que la excepciÃ³n transcrita estÃ¡ concebida en funciÃ³n de la persona que debe ser nominada y no del servidor pÃºblico nominador.

En efecto, es evidente que la referida excepciÃ³n tiene fundamento en la exigencia de garantizar los derechos de aquellas personas que deben ingresar o ascender en un cargo pÃºblico en aplicaciÃ³n de las normas de carrera , con independencia de que su nombramiento deba ser realizado por un familiar o por un servidor pÃºblico en cuya postulaciÃ³n o designaciÃ³n intervino uno de sus familiares .

AsÃ se deduce; en primer lugar, del tenor literal de la disposiciÃ³n , la cual establece que estÃ¡n exentos de las prohibiciones contempladas en el art. 126 Superior los "nombramientos que se hagan en aplicaciÃ³n de las normas sobre ingreso o ascenso por mÃ©ritos a cargos de carrera" . Como se observa, la exÃ©gesis de la norma permite concluir , fÃ¡cilmente, que el "objeto" de la excepciÃ³n constitucional consagrada en el art. 126 ibÃdem son los "nombramientos" que debe realizar un servidor pÃºblico en aplicaciÃ³n de los normas sobre ingresos por mÃ©ritos a cargos

de carrera.
Â
Con todo, si en gracia de discusiÃ³n se considera que la literalidad de la norma no explicitÃ³ su alcance, su lectura teleolÃ³gica y sistemÃ¡tica no admite duda al respecto.

En efecto, si la finalidad de las prohibiciones contenidas en el art. 126 de la C.P. es impedir que se repliquen dinastÃas familiares en los cargos pÃºblicos - nepotismo-, asÃ como garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos pÃºblicos, lo obvio y coherente es que la excepciÃ³n a estas prohibiciones se oriente a garantizar el acceso al empleo de aquellas personas que deben ingresar o ascender por mÃ©ritos a un cargo de carrera, aunque su nombramiento le corresponda a un familiar o de un servidor pÃºblico que, a su vez, fue postulado o designado con su intervenciÃ³n o la de un familiar cercano.

Una interpretaciÃ³n distinta a la expuesta, vale decir, que concluya que la excepciÃ³n del art. 126 de la C.P., exime a los servidores pÃºblicos que acceden a sus cargos en aplicaciÃ³n de las normas de carrera, de las prohibiciones contempladas en la misma norma, llevarÃa a afirmar que aquellos servidores pÃºblicos tienen un fuero especial que les permite ejercer su facultad nominadora sin lÃmites y restricciones y, por lo tanto, pueden incluso nominar o postular libremente a sus familiares en cargos pÃºblicos. Esta interpretaciÃ³n, a juicio de la Sala, serÃa contraria a la finalidad o teleologÃa de la prohibiciÃ³n contenida en el art. 126 Superior y a la coherencia del orden Constitucional.

En este orden de ideas, se concluye que de acuerdo con el contenido finalÃstico y la coherencia sistemÃ¡tica del art. 126 de la C.P., la excepciÃ³n contenida en esta disposiciÃ³n estÃ¡ referida a la nominaciÃ³n de las personas que deben ingresar o ascender en un cargo pÃºblico en aplicaciÃ³n de las normas de carrera, y no a la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos que acceden a sus cargos por esta modalidad.

Por estas razones, se advierte, para efectos de la consulta formulada, que para la aplicaciÃ³n de la prohibiciÃ³n consagrada en el inciso segundo del art. 126 Superior, no es relevante determinar si "El procedimiento de convocatoria pÃºblica, seguida de una lista de elegibles y posterior elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, es en sÃ mismo un proceso de elecciÃ³n por mÃ©rito (...)".
Â
En todo caso, es pertinente referirse a las consideraciones expuestas por esta Sala en concepto del 10 de noviembre de 2015[16], sobre las diferencias y similitudes entre la convocatoria pÃºblica prevista por el nuevo art. 126 de la C.P., para el proceso de elecciÃ³n de servidores pÃºblicos por parte de corporaciones pÃºblicas, y el concurso de mÃ©ritos previsto por la misma ConstituciÃ³n para acceder a los cargos de carrera:

Como ha quedado planteado, el Acto Legislativo 2 de 2015 adoptÃ³ el sistema de "convocatoria pÃºblica " como regla general para la elecciÃ³n de servidores pÃºblicos por parte de las corporaciones pÃºblicas, frente a lo cual cabe preguntarse si se trata de una figura igual o diferente a la del "concurso pÃºblico de mÃ©ritos " que ya estaba prevista en la ConstituciÃ³n PolÃtica como regla general para el reclutamiento de funcionarios pÃºblicos (artÃculo 125). (.. .)

Pues bien, segÃºn la Ley 909 de 2004 (rÃ©gimen general del empleo pÃºblico), el concurso pÃºblico de mÃ©ritos es un procedimiento de selecciÃ³n de servidores pÃºblicos basado en la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficiencia, la eficacia, la confiabilidad y el mÃ©rito: como quiera que su objetivo es la bÃºsqueda de las personas mÃ¡s capacitadas e idÃ³neas para el ejercicio del cargo ofrecido, lo cual se relaciona directamente con los derechos fundamentales a la igualdad y a la participaciÃ³n en el ejercicio y conformaciÃ³n del poder pÃºblico, es el procedimiento aplicable en todos aquellos casos en que la ley, excepcionalmente , no haya previsto una forma diferente de vinculaciÃ³n al empleo pÃºblico (artÃculo 125 C.P.). (...)

De acuerdo con la misma Ley 909 de 2004 y de otras leyes especiales que regulan concursos de mÃ©ritos para la provisiÃ³n de diversos empleos pÃºblicos, los concursos siguen en esencia unas etapas bÃ¡sicas de convocatoria y reclutamiento, evaluaciÃ³n de condiciones objetivas y subjetivas de los candidatos, y conformaciÃ³n de listas de elegibles. AdemÃ¡s, como ha reiterado la jurisprudencia , es caracterÃstica esencial del concurso que la lista de elegibles se ordene estrictamente de acuerdo con el resultado del procedimiento de selecciÃ³n (regla de mÃ©rito), de modo que quien obtiene la mejor calificaciÃ³n adquiere el derecho a ser nombrado en el respectivo cargo.

(.. .) Ahora bien, en el caso consultado los debates legislativos dan cuenta de que el Acto Legislativo 2 de 2015 al utilizar la expresiÃ³n "convocatoria pÃºblica " optÃ³ por un mecanismo de elecciÃ³n que si bien se funda en los mismos principios bÃ¡sicos de los concursos pÃºblicos (incluso en cuanto al criterio de mÃ©rito), se diferencia de estos en que al final del proceso de selecciÃ³n las corporaciones pÃºblicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados . Se entendiÃ³ que si se adoptaba un concurso pÃºblico de mÃ©ritos como tal, se obligaba al organismo nominador a nombrar de acuerdo con el orden de clasificaciÃ³n de los aspirantes, lo que se considerÃ³ como una reducciÃ³n indebida de la autonomÃa de las corporaciones pÃºblicas. Por tanto, se dijo, era necesario acudir a un sistema transparente, pÃºblico, objetivo y basado en el mÃ©rito, pero que fuera distinto al concurso pÃºblico en cuanto permitiera al organismo elector escoger entre los varios candidatos que superaran la etapa de selecciÃ³n. (...)

De este modo, ademÃ¡s de que literalmente se trata de expresiones distintas y que el nuevo artÃculo 126 Constitucional alude a una y otra como figuras separadas (al seÃ±alar que la convocatoria aplicarÃ¡ "salvo los concursos regulados por la ley '} , la Sala observa que los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015 ratifican que el constituyente derivado quiso diferenciar la convocatoria pÃºblica del concurso pÃºblico de mÃ©ritos del artÃculo 125 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, particularmente porque en los procesos de elecciÃ³n mediante convocatoria pÃºblica no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superan las etapas de selecciÃ³n, tal como ocurre en los concursos de mÃ©ritos. AsÃ pues, el sistema de convocatoria pÃºblica mantiene un grado mÃnimo de valoraciÃ³n o discrecionalidad polÃtica en cabeza de las corporaciones pÃºblicas para escoger entre quienes se encuentran en la "lista de elegibles ", aspecto que constituye el elemento diferenciador entre la convocatoria pÃºblica de los artÃculos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, y el concurso pÃºblico

de mÃ©ritos a que alude el artÃculo 125 de la misma Carta (...)"[17]

Resalta la Sala

Conforme a lo expuesto, los servidores pÃºblicos que asumen como tales en aplicaciÃ³n de las normas sobre ingreso o ascenso por mÃ©ritos a cargos de carrera, no se equiparan con aquellos elegidos a travÃ©s de la convocatoria pÃºblica introducida por el art. 2 del Acto Legislativo 2 de 2015 en el art. 126 Superior, para la elecciÃ³n de funcionarios por parte de corporaciones pÃºblicas, como es el caso del Contralor General de la RepÃºblica.

Lo anterior, sin perjuicio de las semejanzas que, en sus objetivos y finalidades, tiene el concurso de mÃ©ritos que se adelanta para acceder a los cargos de carrera y la convocatoria pÃºblica consagrada por el art. 126 ibÃdem.

En consideraciÃ³n a todo lo expuesto ,

IV. LA SALA RESPONDE:

1. Â¿El procedimiento de convocatoria pÃºblica, seguida de una lista de elegibles y posterior elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, es en sÃ mismo un proceso de elecciÃ³n por mÃ©rito y, por tanto, exento de la prohibiciÃ³n contenida en el inciso segundo del artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, en relaciÃ³n con los miembros del Congreso de la RepÃºblica?

No. El procedimiento de convocatoria pÃºblica, seguida de una lista de elegibles y posterior elecciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, no es en sÃ mismo el proceso de elecciÃ³n por mÃ©ritos al que hace referencia la excepciÃ³n del art. 126 de la C.P.

De manera adicional , la Sala aclara que la excepciÃ³n prevista en el art. 126 ibÃdem tiene fundamento en el derecho que tienen las personas de ingresar a un cargo pÃºblico, o ascender en este, en aplicaciÃ³n de las normas de carrera. Por ende, no se refiere a la facultad nominadora de los servidores pÃºblicos que ingresaron a sus cargos en aplicaciÃ³n de las normas de carrera.

2. Â¿CuÃ¡l es el alcance de la expresiÃ³n "haber intervenido " en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica?

El alcance que se debe atribuir a la expresiÃ³n "haber intervenido" en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, segÃºn lo dispuesto en el art. 126 de la C.P., es la de haber tomado parte, de manera directa o indirecta, en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, en los tÃ©rminos expuestos en este concepto.

3. Â¿La prohibiciÃ³n contenida en el inciso 126 de la Carta PolÃtica de haber intervenido en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, se interpreta:

3.1. Â¿Para la totalidad de los miembros del Congreso de la RepÃºblica, independientemente que hayan intervenido o no en la elecciÃ³n de la comisiÃ³n accidental para definir la lista de elegibles, ser miembro de la comisiÃ³n accidental o participar en las plenarias de Senado y CÃ¡mara?

La prohibiciÃ³n contenida en el inciso segundo del art. 126 de la Carta PolÃtica, en relaciÃ³n con las personas que intervinieron en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica, se configura en relaciÃ³n con los congresistas que eligieron a los miembros de la ComisiÃ³n Accidental que realizarÃa las
Â
5. Â¿Los Congresistas presentes o que hayan intervenido en las entrevistas rendidas por los candidatos a Contralor General, se encuentran dentro de la prohibiciÃ³n contenida en el artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n PolÃtica?

Los congresistas presentes, o que hayan intervenido en las entrevistas rendidas por los candidatos a Contralor General de la RepÃºblica, se encuentran cobijados por la prohibiciÃ³n contenida en el artÃculo 126 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, toda vez que intervinieron en el proceso de postulaciÃ³n del referido funcionario .

6. En el evento que el Contralor General de la RepÃºblica haya delegado la facultad para nominar o celebrar contratos en la ContralorÃa General de la RepÃºblica, Â¿La prohibiciÃ³n del inciso segundo del artÃculo 126 aplica de la misma manera para nombrar o contratar a quienes intervinieron en la postulaciÃ³n o designaciÃ³n del Contralor General de la RepÃºblica y de las personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estÃ©n ligados por matrimonio o uniÃ³n permanente?

SÃ. En el caso de que el Contralor General de la RepÃºblica haya delegado la facultad de nominar a un servidor pÃºblico o de celebrar contratos, tambiÃ©n se aplican las prohibiciones del art. 126 Superior , de conformidad con las consideraciones expuestas en este concepto.

RemÃtase copia al seÃ±or Director del Departamento Administrativo de la FunciÃ³n PÃºblica y a la SecretarÃa JurÃdica de la Presidencia de la RepÃºblica.

EDGAR GONZÃLEZ LÃPEZ

PRESIDENTE DE LA SALA

OSCAR DARIO AMAYA NAVA

CONSEJERO DE ESTADO

GERMÃN ALBERTO BULA ESCOBAR

CONSEJERO DE ESTADO

ÃLVARO NAMÃN VARGAS

CONSEJERO DE ESTADO

NOTAS DE PIE DE PÃGINA

1 Entre las mÃ¡s reciente se destaca la Sentencia de unificaciÃ³n de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, del 7 de diciembre de 2016, radicado 11001-03-28-000-2013-00011- 00(SU). M.P. RocÃo AraÃºjo, en la cual se declarÃ³ la nulidad del entonces procurador Alejandro OrdoÃ±ez. En esta sentencia se reiteran, entre otras, las siguientes sentencias de unificaciÃ³n del Consejo de Estado: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de julio de 2014, radicado 11001-03- 000-28-2013-00006-00 . M.P Stella Canto DÃaz del Castillo y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00015-00. M.P. Stella Conto DÃaz del Castillo

2 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 7 de diciembre de 2016. Exp. 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU). M.P. RocÃo AraÃºjo .

3 IbÃdem.

4 Cita original: Informe de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Servidor PÃºblico de fecha 22 de mayo de 1991. PÃ¡g. 58. Es ilustrativa la precisiÃ³n que pretende el Miembro de la Asamblea Nacional constituyente Dr. Jaime Castro cuando seÃ±ala: "No sÃ© hasta quÃ© punto podamos rescatar de esos artÃculos el principio y permitir que con posterioridad la ley los desarrolle, uno para no caer en el excesivo reglamentarismo y dos para que no se nos vayan a escapar algunas prÃ¡cticas de las que queremos corregir con la filosofÃa que encierran esos dos artÃculos"

5 Cita original: Informe de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Servidor PÃºblico de fecha 22 de mayo de 1991. PÃ¡g. 79. Dijo Horado Serpa: "... sobre el artÃculo 12, que lucha contra las dinastÃas polÃticas en el accionar partidista y en la funciÃ³n pÃºblica, estoy de acuerdo con los argumentos segÃºn los cuales la incompatibilidad debe extenderse hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, los primos, y en relaciÃ³n con las postulaciones, con las aspiraciones a las corporaciones pÃºblicas, en fin, considero que si de alguna manera pueda nadie considerar que estoy litigando en causa propia. .."

6 Cita original: Cfr. Entre otros: (i) Informe de Ponencia sobre el Servidor PÃºblico de los doctores Car1os Lleras de la Fuente y Abel RodrÃguez, (ii) Informe de la SesiÃ³n Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de los dÃas 21, 22 y 30 de mayo de 1991 sobre el Servidor PÃºblico

7 Cita original: Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 1Sde julio de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013-00006-00. M.P. Stella Conto DÃaz del Castillo, reiterada en sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 11 de noviembre de 2014, radicado 11001-03-000-28-2013- 00015-00. M.P. Stella Canto DÃaz del Castillo y, mÃ¡s recientemente, en la Sentencia del 7 de diciembre de 2016. Exp. 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU) . M.P. RocÃo AraÃºjo

8 ExposiciÃ³n de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014 , Gaceta del Congreso 458 de 2014.
Â
9 Lo que claramente debe obedecer a una causa justificada , que ademÃ¡s no genere a su vez otro tipo de inhabilidad, incompatibilidad o prohibiciÃ³n para realizar el respecto nombramiento.

10 As Ã se deduce, especialmente , de las siguientes disposiciones de la ResoluciÃ³n 007 del 19 de Julio del 2018, expedida por la Mesa Directiva del Congreso, "Por medio de la cual se efectÃºa una convocatoria pÃºblica y se selecciona una instituciÃ³n de educaciÃ³n superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor General de la RepÃºblica para el perÃodo 2018-2022 ": "ARTÃCULO CUARTO. En Desarrollo de las facultades legales descritas, se definen los parÃ¡metros que regirÃ¡n la Convocatoria en los siguientes tÃ©rminos:

(...) 7. LISTA DE ADMITIDOS. Al finalizar el tÃ©rmino de inscripciÃ³n, serÃ¡n verificados los requisitos mÃnimos previstos en el inciso 7 del artÃculo 267 de la ConstituciÃ³n PolÃtica que establece "Para ser elegido Contralor General de la RepÃºblica se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanÃa; tener mÃ¡s de 35 aÃ±os de edad; tener tÃtulo universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 aÃ±os; y acreditar las cualidades adicionales que exija la Ley ". PodrÃ¡ continuarse con el proceso si al menos un (1) aspirante se inscribe en la convocatoria.

7. 1. VERIFICACIÃN. Verificado el cumplimiento de requisitos mÃnimos, con quienes cumplan y con la validaciÃ³n de la ComisiÃ³n de AcreditaciÃ³n se publicarÃ¡ la lista de admitidos. Quienes no figuren en la misma se entenderÃ¡ que han sido inadmitidos.

7.2. RECLAMACIONES . Durante el dÃa hÃ¡bil siguiente a la publicaciÃ³n de la lista de admitidos y no admitidos, de manera motivada, los aspirantes no admitidos podrÃ¡n presentar reclamaciones dirigidas a la Mesa Directiva del Congreso de la RepÃºblica para que se revise la

caudal de inadmisiÃ³n. La decisiÃ³n definitiva se publicarÃ¡ al dÃa siguiente de efectuada la reclamaciÃ³n y contra ella no procede ningÃºn recurso. (...) ".

Resalta la Sala
Â
11 Consejo de Estado. Sentencia de unificaciÃ³n del 7 de diciembre de 2016 , cit.
Â
12 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo . SecciÃ³n Segunda. Sentencia del trece (13) de febrero de 2014 . RadicaciÃ³n nÃºmero: 20001-23-31-000-2010-00017-01(0719-13) . M.P. Gerardo Arenas.

13 ConstituciÃ³n PolÃtica. ArtÃculo 211. Â« {.. .] La delegaciÃ³n exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderÃ¡ exclusivamente al delegatario, cuyos actos o resoluciones podrÃ¡ siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente. La ley establecerÃ¡ los recursos que se pueden interponer contra los actos delos delegatarios Â».

14 Ley 489 de 1998 Â«Por la cual se dictan normas sobre la organizaciÃ³n y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artÃculo 189 de la ConstituciÃ³n PolÃtica y se dictan otras disposicionesÂ». ArtÃculo 12. Â«RÃ©gimen de los actos del delegatario. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarÃ¡n sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expediciÃ³n por la autoridad o entidad delegante y serÃ¡n susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas. La delegaciÃ³n exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderÃ¡ exclusivamente al delegatario, sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artÃculo 211 de la ConstituciÃ³n PolÃtica, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario , con sujeciÃ³n a las disposiciones del CÃ³digo Contencioso Administrativo.

15 Sentencia de la Corte Constitucional C- 372 de 2002, reiterada por la misma corporaciÃ³n en la sentencia C-693 de 2008 , en la que se declarÃ³ exequible el siguiente aparte del art. 21 de la Ley 1150 de 2007 : "(...) "En ningÃºn caso, los jefes v representantes legales de las entidades estatales quedarÃ¡n exonerados por virtud de la delegaciÃ³n de sus deberes de control v vigilancia de la actividad precontractual v contractual". Lo anterior, bajo el entendido de que el delegante sÃ³lo responderÃ¡ del recto ejercicio de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual , cuando haya incurrido en dolo o culpa grave en el ejercicio de dichas funciones, jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala Tercera , SubseccciÃ³n B. Sentencia del cinco (5) de diciembre de 2016 . Rad. NÃºm. 05001-23-31-000-2003 -03663-01 (41333).

16 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 1O de noviembre de 2015 , Rad. 2274. M.P. ÃlvaroNamÃ©n Vargas .
Â
17 IbÃdem.

Fecha y hora de creación: 2024-04-28 00:20:33