



Función Pública

Concepto 273671 de 2023 Departamento Administrativo de la Función Pública

20236000273671

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20236000273671

Fecha: 01/07/2023 05:38:24 p.m.

Bogotá D.C.

REF: CONTRALOR TERRITORIAL. Conformación de terna. Cuota de género. RAD. 20239000612392 del 9 de junio de 2023.

En atención a la comunicación de la referencia, mediante la cual consulta que pasaría, si el resultado de acuerdo a la prueba escrita y valoración de antecedentes para la elección de Contralor Territorial hubiera quedado para la terna tres hombres y de cuarta hubiera quedado una mujer y si la conformación de la terna tendría que cambiar en procura de respetar el principio constitucional de equidad de género, me permito manifestarle lo siguiente:

Sobre las inquietudes planteadas, me permito manifestarle lo siguiente:

El Acto Legislativo 4 de 2019, dispone que los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, de terna conformada por quienes obtengan los mayores puntajes en convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para un periodo de cuatro años que no podrá coincidir con el periodo del correspondiente gobernador y alcalde

Posteriormente, el día 18 de noviembre de 2019, Contralor General de la Republica, expidió la Resolución No. 728 de 2019, modificada por la Resolución 785 de 2021, la cual señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 3. CONVOCATORIA. La convocatoria es el aviso público a través del cual la respectiva corporación pública territorial invita a todos los ciudadanos a participar en el proceso de elección de contralor, la cual debe realizarse mínimo con tres (3) meses de antelación a la sesión de elección.

(...)

Sobre el conflicto entre el principio del mérito y el de igualdad de género, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, con ponencia de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en sentencia emitida el 19 de octubre de 2017, dentro del expediente con radicado No. 13001-23-33-000-2016-00313-02, indicó lo siguiente:

“5.3. La interpretación del principio de transparencia, de cara al principio de equidad de género.

(...)

Y es que conforme a los artículos superiores 126 y 272, en esta convocatoria deben garantizarse, entre otros, los principios de transparencia y publicidad, además de la objetividad, participación ciudadana y equidad de género.

Nuevamente se insiste, en que en el caso de Contralores, se está frente a la convocatoria pública, método de selección que no se adecúa al concurso de méritos, pero que se asimila a que se busca la objetividad en la selección de quien va a regir los destinos de la entidad. Esa la razón por la cual, en las demandas contra las elecciones de Contralor que han exigido parámetros objetivos, a semejanza de un concurso, o han pretendido la elección recaiga sobre el aspirante que ha obtenido el mayor puntaje, la posición de la Sala Electoral ha sido denegatoria, apoyada en que al no haber regulación específica o la regulación de ley para la convocatoria pública, como fue el querer del Constituyente Derivado, solamente es exigible que esta, la convocatoria, observe los principios ya tantas veces referidos.

(...)

Pero si en forma abrupta, el Concejo altera en forma sustancial, su propia convocatoria, es claro que tal modificación va contra los principios de transparencia, objetividad y mérito, sin importar que se haya apoyado en la publicidad, como si fuera patente para validar lo que legalmente no se podía tener por válido.

(...)

La Sala hace referencia, en primer término a la Resolución 170 de 22 de diciembre de 2015²⁰ de la Mesa Directiva del Concejo Distrital de Cartagena, en 20 Folios 67 a 74 del cuaderno 5 del expediente del Tribunal. la que en una decisión sin precedentes, decidió “Habilitar para continuar con la fase de valoración de antecedentes, los tres primeros puntajes obtenidos en la prueba de conocimientos”, pero en la realidad probada, ningún inconveniente presentaban los puntajes de la prueba eliminatoria de conocimiento de los señores José David Morales, quien obtuvo 95 puntos, e Iván Sierra Porto, cuya calificación era de 93 puntos. Así las cosas, a quien se “habilitó” era a la señora NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ, quien no superó esta prueba, pues tan solo obtuvo 70 puntos. Con ello transgredió el marco de la convocatoria, concretamente a los perentorios artículos 21 y 26, sobre todo este último que frente a la prueba de competencias básicas y funcionales, consagró su carácter eliminatorio, en los términos de: “*para continuar con el proceso el aspirante debe obtener un puntaje mínimo de ochenta (80) puntos en la prueba de conocimientos*”. Y es que el mismo acto en su motivación, da giros argumentativos sobre la necesidad de acatar otro principio constitucional propio de esta selección como es la equidad de género.

Pero a diferencia de lo que consideró el Concejo Distrital para sustentar la habilitación de la elegida, la equidad de género, en la convocatoria estaba garantizada, a partir de los criterios del mérito objetivo, materializado en las calificaciones de las pruebas, pues sin distingo alguno, diferente a superar la prueba de competencias básicas y funcionales y otras más, los mejores calificados serían los seleccionados para entrar en la recta final del cargo que se ofertó por convocatoria pública en una ciudad capital, nada haría concluir que esta prueba la superaría tan solo el 3.84% de los participantes y que en ese mínimo porcentaje no habría una mujer. Pero ello, no podía dar lugar a que el nominador alterara como lo hizo, la parte sustancial de la convocatoria que ya era vinculante, ni siquiera bajo el derrotero de que el artículo 50 de la Resolución 146 de 2015, permitía modificaciones a la lista de elegibles, pues debe tenerse claro que este evento, era exclusivo para situaciones de: i) error aritmético en la sumatoria de las pruebas; ii) corrección de datos, reclamaciones de adición de personas o de reubicación, cuando se advierte el error y iii) por exclusión. Así las cosas, el no sobrepasar la prueba eliminatoria, no encuadra en ninguno de estos eventos, ni tampoco advierte la Sala que el tema de los puntajes de alguno de los aspirantes haya sido objeto de cuestionamiento. Tampoco era viable, justificar la habilitación o la inclusión de la señora FONTALVO HERNÁNDEZ, bajo los derroteros de la equidad de género, pues en estricto análisis, el Concejo Distrital no lo había vulnerado, no solo porque desde el punto de vista normativo, tanto el Acuerdo 20 de 27 de noviembre de 2015 como la Convocatoria 146 de 1º de diciembre de 2015, plasmaron la necesidad de que en la terna de los mejores calificados estuviera una mujer, sino porque era claro que el método de selección objetiva empleado a partir de pruebas de calificación, resultaba más garantista para todos y cada uno de los principios constitucionales que acompañan y rigen la elección de un Contralor, incluida la equidad de género.

El hecho de que no hubiera superado ninguna mujer la prueba eliminatoria ni los restantes hombres más allá de los 2 que lograron puntaje superior a 80 puntos-, dentro del grupo de 52 aspirantes, no hace pasible de que el ente regulador de la convocatoria, que en últimas termina

siendo el corporativo elector, modifique la bitácora regulatoria, adaptándola a los hechos creados que van surgiendo, a medida que se va desarrollando el proceso y mucho menos, cuando ese tipo de modificaciones no se vio posible dentro de la reglamentación general y previa de la convocatoria y que fue socializada a todos los estamentos. Ello conlleva y se traduce en una manipulación, por demás nociva, y termina vulnerando los principios que en un inicio la sustentaron como pilares fundamentales.

Ahora bien, la aplicación de acciones afirmativas, como una forma de garantizar la igualdad material frente a aquellos grupos que son apocados por condiciones que no pueden constituir factores de discriminación, pero es que en el caso que ocupa la atención de la Sala, el mérito permitía evidenciar que la equidad del género estaba más que protegida.

Para entender mejor el principio de la *“equidad de género”* deben precisarse los extremos de cada uno de los elementos que la configuran: Cómo se define cada uno de ellos; cómo el Estado ha conseguido protegerlos a través de la Constitución y la ley, en qué campos opera o debe implementarse y, si, realmente, se ha aplicado como debe ser en los casos concretos.

La equidad es sinónimo de ecuanimidad, justicia, rectitud, equilibrio e igualdad jurídica y social. Estos elementos aparecen en varias de las definiciones que de ésta figura se han dado.

En efecto, la equidad es una cualidad que permite que a cada uno se le de lo que merece, que nos lleva actuar con justicia y con imparcialidad y a tratar a todos por igual respetando y teniendo en cuenta sus diferencias y cualidades. E incluso pone un límite a la rigidez de la leyes, pues llega donde éstas a veces no llegan y permite hacer justicia en casos en que la aplicación rígida de la norma, puede llegar a desconocer algunos derechos.

Todo devenido del principio de la igualdad, consagrado en la Constitución en el artículo 13, que determina que todos los seres humanos somos iguales ante la ley, reconoce la equiparación en los derechos civiles y políticos y expresa que ningún individuo o grupo de individuos debe ser privilegiado ni discriminado en razón de su raza, sexo o género, origen, color, religión u otras características personales o colectivas.

(...)

De todo lo anterior, se evidencia la composición del principio de equidad de género, que se conoce como la *“defensa de la igualdad entre el hombre y la mujer en el control y uso de los bienes y servicios de la sociedad. Esto supone abolir la discriminación entre ambos sexos con el fin de que no se privilegie al hombre en ningún aspecto de la vida social.”* [<http://definición.de/equidad-de-genero/>].

Tiene que ver con las oportunidades que en igualdad de condiciones se debe dar al hombre y a la mujer; pero es que no basta con que se otorguen oportunidades sino que es indispensable que se den también, a la mujer, los elementos y la forma de aprovechar esas oportunidades y sobre todo que quien las ofrezca, llámese Estado o particular, tenga conciencia del valor que tiene este principio, especialmente de la proscripción de la discriminación en razón del sexo, que comporta. De no ser así no habrá una verdadera equidad.

Por otra parte, la igualdad del artículo 13, materializada en una de sus aristas como es la equidad de género, se prevé en forma armónica con el artículo 43 constitucional, en los términos: *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades”* y que *“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación.”*

(...)

Sin embargo, debe tenerse presente que en la aplicación de la equidad de género, no deben olvidarse las características de cada género pues, si esto no se tiene en cuenta, se puede llegar a pensar en un caso determinado, que hubo discriminación porque en lugar de emplear a una mujer se empleó a un hombre. Y es claro, que no se viola el principio en cita, si se trata, por ejemplo, de un cargo que se somete a criterios objetivos de igualdad y cuyo propósito es precisamente no incurrir en discriminación o desventajas odiosas, pues el planteamiento filosófico es entender

que se está ante situaciones de iguales conocimientos, habilidad, destreza, cuidado, orden, o similares, que conlleven a que no haya discriminación de ninguna clase en la escogencia del ganador.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, no se advierte que los criterios de selección objetiva, hayan constituido desfavorecimiento para las mujeres que participaron en la convocatoria pública, que permitiera entender que se apartaba del principio de equidad de género o que no lo hubiera respetado, pues el hecho de que en la terna finalmente no hubiera quedado ninguna mujer, no obedeció sino a un aspecto de no haber superado la prueba eliminatoria de competencias básicas y funcionales. *Mutatis mutandi*, hubiera sido igual de inadecuado que como solo dos personas superaron esta prueba, para completar la terna se hubiera empezado a habilitar a un aspirante específico, siendo que en realidad a la convocatoria pública la regentaron aspectos calificadorios objetivos, que implicaban un trato igualitario.

No se hace ningún favor a la equidad de género, cuando habiendo sometido a todos los aspirantes a condiciones igualitarias absolutamente objetivas, éstas se desdibujan o se desnaturalizan para dar paso, en lo que llamó una actividad afirmativa, bajo la justificación de aplicar el principio de género referido.

Tampoco se trata como lo alcanza a esbozar el Concejo de Cartagena, de aplicar la máxima de que cuando se presenten entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera la más garantista o la que permita la aplicación, de forma más amplia, del derecho fundamental, pues aunque ello en estricto sentido es la parte dogmática, no se pretende con ésto que se pueda revertir forzosamente, un orden y un trámite vinculante que se consignó en la convocatoria de marras.

No es esta la clase de confianza y seguridad que el Constituyente ha pretendido con las convocatorias públicas en la elección de Contralores, pues ello se evidencia precisamente de la relación de principios con los que se busca blindar la escogencia de la cabeza del ente fiscal local o seccional.

(...)

En consecuencia, no encuentra la Sala que la justificación de aplicar el principio de equidad de género, mal empleado por cierto como ya se explicó anteladamente, sea de recibo, pues se itera, por la forma como se consagró la convocatoria y se iba desarrollando el proceso, los principios de mérito y de equidad de género, nunca estuvieron en tensión, pues tan solo a partir del hecho creado intempestivo de que solo dos personas superaron la prueba eliminatoria, el Concejo Distrital, en forma disconforme a derecho, varió toda la convocatoria, precisamente, en uno de sus últimos momentos: la conformación de la terna, con la importante consecuencia generadora de la nulidad de la elección."

De acuerdo con el pronunciamiento del Consejo de Estado, no es aceptable que el Concejo altere en forma sustancial, su propia convocatoria para dar paso a la "cuota de género", pues es claro que tal modificación va contra los principios de transparencia, objetividad y mérito, sin importar que se haya apoyado en la publicidad, como si fuera patente para validar lo que legalmente no se podía tener por válido. Si en las pruebas de selección se debe obtener un puntaje mínimo, no es admisible que se den giros argumentativos sobre la necesidad de acatar otro principio constitucional propio de esta selección como es la equidad de género. Según la Corporación, la equidad de género, en la convocatoria estaba garantizada, a partir de los criterios del mérito objetivo, materializado en las calificaciones de las pruebas, pues sin distingo alguno, diferente a superar la prueba de competencias básicas y funcionales y otras más, los mejores calificados serían los seleccionados era claro que el método de selección objetiva empleado a partir de pruebas de calificación, resultaba más garantista para todos y cada uno de los principios constitucionales que acompañan y rigen la elección de un Contralor, incluida la equidad de género. El mérito permitía evidenciar que la equidad del género estaba más que protegida, pues la equidad es una cualidad que permite que a cada uno se le de lo que merece, que nos lleva actuar con justicia y con imparcialidad y a tratar a todos por igual respetando y teniendo en cuenta sus diferencias y cualidades de un cargo que se somete a criterios objetivos de igualdad y cuyo propósito es precisamente no incurrir en discriminación o desventajas odiosas, pues el planteamiento filosófico es entender que se está ante situaciones de iguales conocimientos, habilidad, destreza, cuidado, orden, o similares, que conlleven a que no haya discriminación de ninguna clase en la escogencia del ganador que los criterios de selección objetiva, hayan constituido desfavorecimiento para las mujeres que participaron en la convocatoria pública, que permitiera entender que se apartaba del principio de equidad de género o que no lo hubiera respetado, pues el hecho de que en la terna finalmente no hubiera quedado ninguna mujer, no obedeció sino a un aspecto de no haber superado la prueba eliminatoria de competencias básicas y funcionales.

Con base en los argumentos expuestos, esta Dirección Jurídica considera que si, adelantado con rigor un concurso para proveer el cargo de

Contralor Territorial, las pruebas aplicadas no permiten integrar la terna para el respectivo nombramiento, esto no constituye una transgresión al principio de igualdad de género o desconocimiento de la cuota de género, pues garantizada la transparencia del concurso, como lo afirma el Consejo de Estado, se garantiza la participación equitativa de las mujeres.

Cabe agregar que la conformación de la terna para elegir un contralor territorial, no depende exclusivamente del querer del Concejo Municipal o de la Asamblea

Departamental, caso en el cual sería plenamente exigible la integración de la terna de una mujer, sino que depende directamente de la demostración del mérito de cada uno de los participantes, hombres y mujeres en igualdad mediante el concurso que se adelante.

En caso que requiera mayor información sobre las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo puede ingresar a la página web de la entidad, en el link “Gestor Normativo”:
<http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo>, donde podrá encontrar todos los conceptos relacionados emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

ARMANDO LÓPEZ CORTÉS

Director Jurídico

Elaboró: Claudia Inés Silva

Revisó y aprobó Armando López Cortés

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 02:43:49