

PROHIBICIÓN AL SERVIDOR PÚBLICO – De hacer postulaciones o nombramientos en cargos públicos / SERVIDOR PÚBLICO – Alcance de prohibición constitucional

[E]l Acto Legislativo 2 de 2015 hizo una nueva calificación de los sujetos en relación con los cuales se predica la prohibición del servidor público de hacer postulaciones o nombramientos en cargos públicos. (...) la nueva disposición configura la prohibición en relación con **“quienes hubieren intervenido en su postulación o designación**, con lo que parece haber concebido la prohibición, no respecto de todos los servidores públicos competentes para intervenir en la postulación o designación del servidor público, sino en relación con aquellos que hubiesen intervenido efectivamente en estas. En definitiva, se puede afirmar que cuando el Acto Legislativo 2 de 2015 eliminó la referencia al **“servidor público competente”**, en alguna medida limitó o restringió a las personas en relación con las cuales se podría configurar la prohibición que se analiza. En efecto, de acuerdo con la literalidad de la nueva disposición, un servidor público no estaría impedido para postular o nombrar a un servidor público **competente para intervenir en su postulación o designación** -o a los familiares de este en los grados previsto por la norma-, **pero que no intervino en estas**. Al respecto, se podría 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 públicos, pues no impide que un servidor público puede nominar o postular a un servidor público, o a un familiar de un servidor público, que era formalmente competente para intervenir en su postulación o designación, pero que no intervino en estas, razón por la cual no hay fundamento para suponer que el nuevo nombramiento obedece a un intercambio de favores. Del otro, garantiza que el servidor público no pueda **postular o nominar** a cualquier persona que hubiese intervenido efectivamente en su nominación o postulación, o a los familiares de aquella dentro de los grados previstos en la norma, con lo que se erradica de manera más exhaustiva y certera la práctica del intercambio de favores en el acceso a los cargos públicos

FUENTE FORMAL: Acto legislativo 02 de 2015

PROHIBICIÓN AL CONTRALOR GENERAL DE LA NACIÓN PARA POSTULAR Y NOMBRAR – Congresista respecto del cual se configura

la prohibición que cobija al Contralor General de la República, de postular o nombrar a quienes hayan intervenido en su postulación o designación, o a los familiares de estos en los grados previstos en el artículo 126 Superior, se configura en relación con los congresistas que intervinieron en las siguientes etapas y órganos previstos por la Ley 1904 de 2018, para la elección del Contralor General República: **i)** Mesa Directiva del Congreso de la República, encargada de realizar la convocatoria para la elección del Contralor; verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos para hacer parte de la lista de admitidos para este cargo; publicar la lista de admitidos previa validación de la Comisión de Acreditación y resolver las reclamaciones de quienes no fueron admitidos. **ii)** Comisiones de Acreditación Documental de ambas Cámaras, encargadas de emitir el dictamen respecto a la lista de admitidos para la selección del Contralor General de la República. **iii)** En el nombramiento de los congresistas que harían parte de la Comisión Accidental para la elección del Contralor General de la República. **iv)** En la conformación y actuación de la Comisión Accidental, encargada de realizar las audiencias públicas 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 elección del Contralor General de la República.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126 / LEY 1904 DE 2018

DELEGACIÓN – Concepto / DELEGATARIO – No puede realizar actuaciones prohibidas al delegante

[L]a figura de la delegación ha sido definida por la jurisprudencia como “una técnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro órgano de la administración, mediante acto escrito, revocable, susceptible de recursos en vía gubernativa y sin que ello implique la pérdida de la titularidad de la función para el delegante” (...) se puede afirmar que los actos del delegatario están circunscritos a aquellos que podría realizar el delegante. En consecuencia, aquel no puede realizar actuaciones que le estén prohibidas al delegante, como es el caso de los nombramientos señalados 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 delegación y resumir sus competencias, como también para revisar los actos que profirió el delegatario. Estas circunstancias evidencian que el ejercicio de las funciones delegadas a un servidor público están influenciadas por el delegante, en virtud del vínculo funcional especial y permanente que se mantiene entre este y el delegatario

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126

DELEGACIÓN – No permite desconocer prohibición constitucional

las prohibiciones impuestas por el art. 126 Superior, a la facultad nominadora de los servidores públicos, cobija también 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 relación de influencia y control sobre las actuaciones del delegatario, más aún cuando se trata de postular o nombrar a las personas que conformarán su grupo de trabajo o apoyo. Finalmente, la Sala considera que afirmar lo contrario sería abrir una puerta para que a través de la figura de la delegación, se pueda despojar al art. 126 Superior de sus objetivos y fines. En efecto, la referida disposición es plenamente vinculante para todos los servidores públicos y no existe en el ordenamiento jurídico una causa justificada, o una excepción sustentada en la figura de la delegación, que permita desconocer este mandato constitucional y su finalidad. En efecto, la única excepción a las prohibiciones contempladas en el art. 126 Superior es la consagrada en forma expresa en la misma disposición

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126

PROHIBICIÓN A LA FACULTAD NOMINADORA DE SERVIDOR PÚBLICO – Excepción / EXCEPCIÓN A FACULTAD NOMINADORA DE SERVIDOR PÚBLICO – Finalidad y alcance

del tenor literal de la disposición, la cual establece que están exentos de las prohibiciones contempladas en el art. 126 Superior los “**nombramientos que se hagan en aplicación de las normas sobre ingreso o ascenso por méritos a cargos de carrera**”. Como se observa, la exégesis de la norma permite concluir, fácilmente, que el “objeto” de la excepción constitucional consagrada en el art. 126

ibídem son los “**nombramientos**” que debe realizar un servidor público en aplicación de las normas sobre ingresos por méritos a cargos de carrera. Con todo, si en gracia de discusión se considera que la literalidad de la norma no explicitó su alcance, su lectura teleológica y sistemática 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 dinastías familiares en los cargos públicos – nepotismo-, así como garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, lo obvio y coherente es que la **excepción** a estas prohibiciones se oriente a garantizar el acceso al empleo de aquellas personas que deben ingresar o ascender por méritos a un cargo de carrera, aunque su nombramiento le corresponda a un familiar o de un servidor público que, a su vez, fue postulado o designado con su intervención o la de un familiar cercano. Una interpretación distinta a la expuesta, vale decir, que concluya que la excepción del art. 126 de la C.P., exime a los servidores públicos que acceden a sus cargos en aplicación de las normas de carrera, de las prohibiciones contempladas en la misma norma, llevaría a afirmar que aquellos servidores públicos tienen un **fuero especial** que les permite ejercer su facultad nominadora sin límites y restricciones y, por lo tanto, pueden incluso nominar o postular libremente a sus familiares en cargos públicos. Esta interpretación, a juicio de la Sala, sería contraria a la finalidad o teleología de la prohibición 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 finalístico y la coherencia sistemática del art. 126 de la C.P., la excepción contenida en esta disposición está referida a la nominación de las personas que deben ingresar o ascender en un cargo público en aplicación de las normas de carrera, y no a la facultad nominadora de los servidores públicos que acceden a sus cargos por esta modalidad

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 126

NOTA DE RELATORÍA: Reserva levantada el 29 de marzo de 2019

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÉDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ

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

Radicación número: 11001-03-06-000-2018-00236-00(2408)

Actor: DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

El Director del Departamento Administrativo de la Función Pública formula a la Sala una consulta, con el propósito de que se absuelvan algunos interrogantes relacionados con la aplicabilidad de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política, en el caso del Contralor General de la República.

I. ANTECEDENTES

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

1. El texto original del artículo 126 de la Constitución Política de 1991 establecía:

“ARTÍCULO 126. Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a 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 designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

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”.

2. Esta norma consagraba una prohibición para el servidor público de nominar a personas que sean parientes de quienes tuvieron competencia para intervenir en su propia designación, en los grados de consanguinidad, afinidad y civiles mencionados en la misma disposición.
3. Esta prohibición no diferenciaba el grado de participación directa o indirecta que el potencial elector o nominador hubiese tenido en la designación del funcionario, pues disponía en términos irrestrictos que un funcionario público no podía nominar a los parientes del servidor público competente para intervenir en su designación.
4. Este artículo fue modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, cuyo texto final se transcribe a continuación:

“Artículo 126. 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 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 (...)

Resalta la Sala

5. A consideración de la entidad consultante, en la nueva norma, la prohibición relativa a la facultad nominadora de los servidores públicos se torna un poco más específica, al precisar que se aplica en relación con quienes hubieren intervenido en la postulación o designación del servidor público, o los familiares de aquellos, en los grados de parentesco que la misma norma consagra.
6. El inciso 5 del art. 267 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, establece:

“El Contralor será elegido por el Congreso en Pleno, por mayoría absoluta, en el primer mes de sus sesiones para un periodo igual al del Presidente de la República, de lista de elegibles conformada por convocatoria pública con base en lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución y no podrá ser reelegido ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento del mismo”.
7. En virtud de la referida disposición, se expidió la Ley 1904 de 2018, por medio de la cual se establecen las reglas de la convocatoria pública previa a la elección de Contralor General de la República por el Congreso de la República, desarrollada posteriormente por la Mesa Directiva del Congreso de la República, a través de la Resolución 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 año.
8. La Ley 1904 de 2018 establece una convocatoria pública y unas pruebas de conocimientos de carácter eliminatorio y, adicionalmente, las siguientes reglas que implican etapas o actividades por parte de los miembros del Congreso de la República en el proceso de postulación y elección del Contralor de la República:

Ley 1904 de 2018

*“Art. 6. Etapas del proceso de selección
(...)”*

6. Entrevista

Una vez seleccionados los 10 elegibles, las Plenarias de Senado y Cámara escucharán por separado y por el tiempo que señale la Mesa Directiva a cada uno de los candidatos.

Cumplido lo anterior las Mesas Directivas de Senado y Cámara convocarán al Congreso Pleno para elegir al Contralor.

(...)”

Art. 7. El Congreso conformará una Comisión accidental para definir la lista de elegibles.

1. La Cámara de Representantes elegirá un representante por cada partido con representación en esa cámara. Si hubiere un partido con representación en el Senado y sin representación en la Cámara de Representantes, este se incluirá por derecho propio.

2. El Senado elegirá por el mecanismo de cociente electoral el mismo número de miembros que resulte del numeral anterior.

9. Para la entidad consultante, de las etapas y actividades que comprenden el procedimiento de elección del Contralor General de la República, frente a la aplicabilidad de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 126 constitucional, surgen diversas inquietudes de la mayor relevancia jurídica, no solo para que el Contralor General de la República no incurra en prohibiciones constitucionales, sino para garantizar la igualdad en el acceso a los cargos públicos.

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

1. ¿El procedimiento de convocatoria pública, seguida de una lista de elegibles y posterior elección del Contralor General de la República, es en sí mismo un proceso de elección por mérito y, por tanto, exento de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política, en relación con los miembros del Congreso de la República?

2. ¿Cuál es el alcance de la expresión “haber intervenido” en la postulación o designación del Contralor General de la República?

3. ¿La prohibición contenida en el inciso 126 de la Carta Política de haber intervenido en la postulación o designación del Contralor General de la República, se interpreta:

3.1. ¿Para la totalidad de los miembros del Congreso de la República, independientemente que haya intervenido o no en la elección de la comisión accidental para definir la lista de elegibles, ser miembro de la comisión accidental o participar en las plenarios de Senado y Cámara?

3.2. ¿Exclusivamente para los congresistas asistentes el día de la votación y elección?

4. ¿Los congresistas que se declararon impedidos y les fue aceptado su impedimento se encuentran enmarcados en la prohibición del inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política? Así mismo, se encuentran en esta prohibición los congresistas que no asistieron a la sesión donde se eligió al Contralor General de la República por excusa justificada o no?

5. ¿Los Congresistas presentes o que hayan intervenido en las entrevistas rendidas por los candidatos a Contralor General, se encuentran dentro de la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución Política?

6. En el evento que el Contralor General de la República haya delegado la facultad para nominar o celebrar contratos en la Contraloría General de la República, ¿La prohibición del inciso segundo del artículo 126 aplica de la misma manera para nombrar o contratar a quienes intervinieron en la postulación o designación del Contralor General de la República y de las 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?

II. Problema jurídico

Del contexto fáctico y normativo expuesto en la consulta del Departamento Administrativo de la Función Pública y de las preguntas formuladas a la Sala, se extrae que el problema jurídico que se debe resolver en esa oportunidad es cuál es el alcance de la prohibición y de la excepción contenida en el art. 126 de la C.P., en relación con el ejercicio de la facultad nominadora del Contralor

General de la República frente a las personas que intervinieron en su postulación o designación, o de sus familiares en los grados previstos en la misma norma.

III. Análisis jurídico.

Para resolver los problemas jurídicos enunciados, la Sala considera necesario analizar los siguientes aspectos: **1.** Finalidad y alcance del art. 126 constitucional. En especial, la prohibición contenida en el inciso segundo ibídem. **2.** La configuración de la prohibición contenida en el inciso 2 del art. 126 Superior, frente a la figura de la delegación. **3.** La finalidad y alcance de la excepción contenida en el artículo 126 Superior, en relación con la prohibición a la facultad nominadora de los servidores públicos.

IV. CONSIDERACIONES

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

El propósito y finalidad del art. 126 Superior han sido expuestos y explicados en reiterada jurisprudencia de esta corporación¹, que hoy se reiteran.

Así, en sentencia de unificación 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 jurídico colombiano, fenómenos como el nepotismo, el clientelismo y el intercambio de favores en el acceso a los cargos públicos, e incentivar en estos la prevalencia de valores como el mérito y la transparencia².

De conformidad con estos propósitos, el texto original del art. 126 establecía:

“Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a 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 designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

¹ Entre las más reciente se destaca la Sentencia de unificación 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. Rocío Araújo, en la cual se declaró la nulidad del entonces procurador Alejandro Ordoñez. En esta sentencia se reiteran, entre otras, las siguientes sentencias de unificación 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 Conto Díaz 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 Díaz 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. Rocío Araújo.

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”

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 públicos en ejercicio de su facultad nominadora.

En primer lugar, la norma prohibió al servidor público ejercer su potestad nominadora para designar como empleados públicos a sus parientes, dentro de los grados previstos en la misma disposición. Sin duda, este precepto está dirigido a erradicar el nepotismo y la concentración del poder, pues impide que los servidores públicos favorezcan a sus familiares, al otorgarles cargos o empleos públicos por el mero hecho de serlo, sin tener en cuenta otros méritos y replicando clanes familiares en los cargos públicos.

De manera adicional, la norma vedó al servidor público la posibilidad de “designar” a parientes –en los grados indicados en la norma– de los servidores públicos competentes para intervenir en su “designación”.

Como lo ha establecido la jurisprudencia de esta corporación, esta disposición tuvo el claro objetivo de censurar y proscribir la nociva práctica del intercambio de favores denominada “yo te elijo tú me eliges”, en garantía de la ética pública, de la transparencia y de la igualdad en el acceso a los cargos públicos, pues con ella se garantiza que quienes hayan sido elegidos para un cargo público, no puedan luego nominar a los familiares de aquellos que intervinieron en su designación³.

Ahora bien, de conformidad con esta teleología de la norma, la misma jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha concluido que el inciso segundo del artículo 126 superior –texto original- prohibía al servidor público:

*“(…) ejercer su potestad nominadora para **designar** (postular, nombrar, elegir, participar, intervenir) a los parientes de aquellos que tuvieron competencia para participar en su propia designación o que efectivamente intervinieron en la misma”.*

Para estos efectos, la jurisprudencia precisó que el verbo “designar” utilizado por el legislador en el inciso segundo del art. 126 Superior, debía ser interpretado en consonancia con la finalidad de la norma, así:

*“La **expresión designar**, empleada en la segunda de sus acepciones - Diccionario de la Lengua Española- significa “señalar o destinar a alguien o algo para determinado fin”. Tal circunstancia resulta del todo relevante pues, su amplitud impone concluir que cubija, dentro de los escenarios que la norma proscribire, **la postulación, nombramiento y la elección y no sólo la última de estas expresiones”.***

En efecto, desde los antecedentes de la propia Asamblea Nacional Constituyente se tiene que esa Corporación utilizó el vocablo designar, por ser la expresión más amplia, de tal manera que al no querer los constituyentes caer en demasiado reglamentarismo emplearon el verbo designar, que

³ Ibidem.

*comprende verbos como: nombrar, postular, elegir, intervenir o participar en la designación para incluir cualquier tipo de señalamiento de alguien*⁴.

*Señalaron textualmente los constituyentes: “la incompatibilidad **debe extenderse** hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, los primos, y **en relación con las postulaciones** (...)”⁵. También expresaron la necesidad de incluir no sólo el nombramiento de empleados sino de la facultad para “concurrir a su elección”.*

(Resaltado del texto)

(...)

“En este aspecto los antecedentes de la Asamblea Nacional Constituyente⁶ resultan, por decir lo menos, ilustrativos en su intención diáfana de “desnepotizar la Administración Pública o el Servicio Público” al “impedir que las familias se tomen los empleos.”

En palabras de los Constituyentes “Aquí buscamos evitar que los funcionarios que ejercen la autoridad comiencen a nombrar a sus familiares o a los familiares de quienes participaron [de la designación] de ese funcionario”.

En suma, sin lugar a dudas se puede concluir que “la norma [artículo 126] busca erradicar, no sólo el favoritismo familiar, sino todo el que pueda comprometer la imparcialidad de los funcionarios que intervienen en la elección o, lo que es lo mismo, empañar una actuación 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 axiológico de la prohibición 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.

⁴ Cita original: Informe de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Servidor Público de fecha 22 de mayo de 1991. Pág. 58. Es ilustrativa la precisión que pretende el Miembro de la Asamblea Nacional constituyente Dr. Jaime Castro cuando señala: “No sé hasta qué punto podemos rescatar de esos artículos 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 prácticas de las que queremos corregir con la filosofía que encierran esos dos artículos”

⁵ Cita original: Informe de la Asamblea Nacional Constituyente sobre el Servidor Público de fecha 22 de mayo de 1991. Pág. 79. Dijo Horacio Serpa: “... sobre el artículo 12, que lucha contra las dinastías políticas en el accionar partidista y en la función pública, estoy de acuerdo con los argumentos según los cuales la incompatibilidad debe extenderse hasta el cuarto grado civil de consanguinidad, los primos, y en relación con las postulaciones, con las aspiraciones a las corporaciones públicas, 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 Público de los doctores Carlos Lleras de la Fuente y Abel Rodríguez, (ii) Informe de la Sesión Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente de los días 21, 22 y 30 de mayo de 1991 sobre el Servidor Público

⁷ Cita original: 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 Conto Díaz 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 Conto Díaz del Castillo y, más recientemente, en la Sentencia del 7 de diciembre de 2016. Exp. 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU). M.P. Rocío Araújo.

En efecto, los términos “**designar**” y “**designación**” incorporados en el inciso segundo del art. 126 primigenio de la C.P., son interpretados desde una perspectiva histórica y teleológica, para concluir que la norma prohíbe que el servidor público **nomine o elija** al familiar del funcionario que a su vez fue competente para su **nominación o elección**. Pero además, los términos “designar” o designación también implican una “postulación” y, por tanto, la norma se extiende a la prohibición de **postular, nombrar o elegir** a los familiares de las personas competentes para la **postulación, nombramiento o elección del servidor público**.

Ahora bien, aunque en la exposición de motivos del Acto Legislativo 2 de 2015 no se hace una referencia expresa al respecto, es posible deducir que la interpretación teleológica que se acaba de analizar, fue la que pretendió plasmar el Gobierno cuando propuso la modificación del inciso segundo del art. 126 Superior.

En efecto, en la exposición 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 correspondió el número 18 de 2014 – Senado-, se indica que:

“El objetivo de esta reforma es sustentar la legitimidad de las instituciones democráticas, que han resultado reciamente afectadas por un ejercicio político que, por causas diversas, se ha visto abocado al desbarajuste propio de una reforma que afectó los periodos en los cuales se sustentaban los pesos y contrapesos de la Constitución de 1991”.

Con base en este objetivo, el Gobierno Nacional planteó tres ejes temáticos 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 públicos para la postulación y elección de candidatos a los órganos 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 buscó fortalecer las reglas para impedir intercambio de favores ente controladores y controlados, y contribuir a la transparencia en el procedimiento de postulación y elección de candidatos a los órganos de control, fue la modificación 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 propósito para el que inicialmente se había previsto el artículo 126 primigenio, en relación con las prohibiciones a la facultad nominadora de los servidores públicos.

⁸ Exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014, Gaceta del Congreso 458 de 2014.

No obstante, como se desprende de su lectura, la nueva disposición tuvo como objetivo precisar el alcance de las prohibiciones previstas en relación con la facultad nominadora de los servidores públicos, en el sentido amplio y teleológico que ya había fijado la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, esto es, en el sentido de que los servidores públicos no pueden nominar o postular a un servidor público que intervino en su postulación o designación, ni a los familiares de este en los grados establecidos en la disposición.

En este sentido, precisó la norma lo siguiente:

*“(...) 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”.*

De conformidad con la literalidad de la norma, es evidente la intención del constituyente secundario de cerrar aún más las puertas a la práctica del “yo te elijo, tú me eliges” o al intercambio de favores en el acceso a los cargos públicos, así:

i) En primer lugar, la norma original prohibía al servidor público “designar” a los familiares de aquellas personas que habían intervenido en su designación, lo que desde el punto de vista interpretativo podía limitar el alcance de la prohibición, a la nominación o elección de los familiares de los funcionarios que intervinieron en la nominación o elección del servidor público. Por su parte, la nueva disposición constitucional, en consonancia con la interpretación teleológica que había realizado la Sala Plena del Consejo de Estado de la norma primigenia, estableció expresamente que la inhabilidad cobijaba la acción de **nombrar o postular** a un familiar de la persona que hubiese intervenido en su **postulación** o designación.

ii) De manera adicional, de conformidad con la nueva disposición, la prohibición se configura no solo en relación con los familiares de los servidores públicos que a su vez intervienen en la postulación o designación del nominador, sino en relación con el mismo servidor público que intervino en la designación o postulación del nominador.

De esta forma, se cierra la puerta al intercambio de favores en el acceso a los cargos públicos, en especial a la práctica del “yo te elijo, tú me eliges”, con el objetivo de garantizar la imparcialidad y la transparencia en los procesos de elección de los servidores públicos y, al mismo tiempo, las condiciones de igualdad y objetividad en el acceso a los cargos públicos.

iii) Finalmente, el Acto Legislativo 2 de 2015 hizo una nueva calificación de los sujetos en relación con los cuales se predica la prohibición del servidor público de hacer postulaciones o nombramientos en cargos públicos.

En efecto, el texto original del inciso segundo del art. 126 Superior, solo prohibía al servidor público designar a los familiares de los “**servidores públicos competentes**” para intervenir en su designación.

Por su parte, la nueva disposición configura la prohibición en relación con “**quienes hubieren intervenido en su postulación o designación**”, con lo que parece haber concebido la prohibición, no respecto de todos los servidores públicos competentes para intervenir en la postulación o designación del servidor

público, sino en relación con aquellos que hubiesen intervenido efectivamente en estas.

En definitiva, se puede afirmar que cuando el Acto Legislativo 2 de 2015 eliminó la referencia al “**servidor público competente**”, en alguna medida limitó o restringió a las personas en relación con las cuales se podría configurar la prohibición que se analiza. En efecto, de acuerdo con la literalidad de la nueva disposición, un servidor público no estaría impedido para postular o nombrar a un servidor público **competente para intervenir en su postulación o designación** -o a los familiares de este en los grados previsto por la norma-, **pero que no intervino en estas**.

Al respecto, se podría 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 públicos, pues no impide que un servidor público puede nominar o postular a un servidor público, o a un familiar de un servidor público, que era formalmente competente para intervenir en su postulación o designación, pero que no intervino en estas⁹, razón por la cual no hay fundamento para suponer que el nuevo nombramiento obedece a un intercambio de favores.

Del otro, garantiza que el servidor público no pueda **postular** o **nominar** a cualquier persona que hubiese intervenido efectivamente en su nominación o postulación, o a los familiares de aquella dentro de los grados previstos en la norma, con lo que se erradica de manera más exhaustiva y certera la práctica del intercambio de favores en el acceso a los cargos públicos.

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 término “intervenir” utilizado por el inciso 2 del art. 126 Superior, cuya primera acepción 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 prohibición contenida en el inciso 2 del art. 126 Superior se configura en relación con quienes **hayan tomado parte en la postulación o designación del servidor público**.

De manera adicional, cabe destacar que si el art 126 de la C.P. no hizo ninguna distinción en relación con el tipo de intervención que haya podido realizar la persona, en la postulación o designación del servidor público, no le es dable al intérprete hacerla.

Esta circunstancia, sumada a la finalidad o teleología de la norma analizada, permite concluir que la prohibición impuesta al servidor público, de no ejercer su facultad nominadora, se configura en relación con quienes **hubiesen intervenido directa o indirectamente** en su postulación o designación como servidor público (y los familiares de aquellos en los grados previstos en el art 126 ibídem), y no solo, por ejemplo, en relación con quienes hubiesen participado en la votación a través de la cual se eligió al servidor público.

⁹ Lo que claramente debe obedecer a una causa justificada, que además no genere a su vez otro tipo de inhabilidad, incompatibilidad o prohibición para realizar el respectivo nombramiento.

Mutatis mutandis, la prohibición no se configuraría, por ejemplo, en relación con un servidor público legalmente competente para intervenir en la postulación o designación del servidor público sujeto a la prohibición, pero que no intervino efectivamente en estas, por ejemplo, porque se declaró impedido para votar en la elección en la que se debía elegir al funcionario.

Lo anterior, claro está, a menos que el servidor público haya intervenido de alguna otra manera en la postulación o designación del funcionario, máxime si el proceso de postulación y designación del referido servidor público comprende varias etapas, tal como sucede con las elecciones de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas.

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 elección del Contralor General de la República debe surtir las siguientes etapas:

“ARTÍCULO 6. Etapas del Proceso de Selección:

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

1. La convocatoria,
2. La inscripción,
3. Lista de elegidos,
4. Pruebas,
5. Criterios de selección,
6. Entrevista,
7. La conformación de la lista de seleccionados y,
8. Elección

*1. Convocatoria. Entendida como el aviso público, para invitar a todos los ciudadanos interesados en participar en la convocatoria para la elección del Contralor General de la República. **Corresponde efectuarla a la Mesa Directiva del Congreso de la República, en un término no inferior a dos meses previos al inicio de la primera legislatura que comienza el 20 de julio del año en que inicia también el periodo constitucional del Presidente de la República.***

En la misma se designará la entidad encargada de adelantar la convocatoria pública y deberá contener como mínimo la siguiente información:

- a) los factores que habrán de evaluarse,
- b) los criterios de ponderación que aseguren el acceso en igualdad de oportunidades a los aspirantes,
- c) fecha de fijación, lugar, fecha y hora de inscripción y término para la misma,
- d) fecha de publicación de lista de admitidos y no admitidos,
- e) fecha, hora y lugar de las pruebas de conocimiento,
- f) trámite de reclamaciones y recursos procedentes,
- g) fecha, hora y lugar de la entrevista,

(...)

La divulgación de la convocatoria será responsabilidad de la Mesa Directiva del Congreso de la República y podrán emplearse los medios previstos en el artículo 15 del Decreto 1227 de 2005. No obstante, como mínimo deberá publicarse en la página web de cada una de las Cámaras, garantizando el acceso permanente a la información.

2. Inscripción. En esta etapa serán registrados los aspirantes al cargo de Contralor General de la República que cumplan los requisitos establecidos en la Constitución y en esta Ley, debiendo acompañar la hoja de vida junto con los soportes y acreditaciones de estudios y experiencia y los demás anexos, en la forma, términos y condiciones previstos en la convocatoria.

(...)

3. Lista de admitidos a la convocatoria pública. Cerradas las inscripciones serán elaboradas las listas de aspirantes admitidos a la convocatoria pública; previo dictamen emitido por las Comisiones de Acreditación Documental de ambas Cámaras, conforme a lo establecido en el inciso 3 artículo 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 valoración de los factores anteriores se realizará a través de pruebas de conocimiento objetivas, elaboradas por un establecimiento de educación superior público o privado debidamente acreditado y con enfoque en temáticas que giren en torno a Gerencia Pública, control fiscal, organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República y las relaciones del ente de control y la administración pública.

(...)

6. Entrevista. Una vez seleccionados los 10 elegibles las Plenarias de Senado Y Cámara escucharán por separado y por el tiempo que señale la Mesa Directiva a cada uno de los candidatos.

Cumplido lo anterior las Mesas Directivas de Senado y Cámara convocarán a Congreso Pleno para elegir al Contralor.

(...)

ARTÍCULO 7. El Congreso conformará una Comisión accidental para definir la lista de elegibles:

1. La Cámara de Representantes elegirá un representante por cada partido con representación en esa cámara. Si hubiere un partido con representación en el Senado y sin representación en la Cámara de Representantes, este se incluirá por derecho propio.

2. El Senado elegirá por el mecanismo de cociente electoral el mismo número de miembros que resulte del numeral anterior.

ARTÍCULO 8. Funciones de la comisión. La Comisión de que trata esta ley, tendrá las siguientes funciones:

1. Se entenderán habilitados para continuar en el proceso al menos 20 personas.

2. La comisión realizará audiencias públicas con la ciudadanía y todos los interesados para escuchar y examinar a los habilitados. Luego de lo cual seleccionará los 10 elegibles que serán presentados ante el congreso en pleno.

3. Las demás que le señale la Mesa Directiva.

ARTÍCULO 9. Fecha de la elección. Cumplido el trámite descrito en esta ley, dentro de los ocho (8) días calendario siguientes, la Mesa Directiva del Congreso fijará fecha y hora para elegir al Contralor General de la República, exclusivamente de la lista previamente conformada”.

(...)

Resalta la Sala

De conformidad con lo expuesto, se concluye que la prohibición que cobija al Contralor General de la República, de postular o nombrar a quienes hayan intervenido en su postulación o designación, o a los familiares de estos en los grados previstos en el artículo 126 Superior, se configura en relación con los congresistas que intervinieron en las siguientes etapas y órganos previstos por la Ley 1904 de 2018, para la elección del Contralor General República:

i) Mesa Directiva del Congreso de la República, encargada de realizar la convocatoria para la elección del Contralor; verificar el cumplimiento de los requisitos mínimos para hacer parte de la lista de admitidos para este cargo; publicar la lista de admitidos previa validación de la Comisión de Acreditación y resolver las reclamaciones de quienes no fueron admitidos¹⁰.

ii) Comisiones de Acreditación Documental de ambas Cámaras, encargadas de emitir el dictamen respecto a la lista de admitidos para la selección del Contralor General de la República.

iii) En el nombramiento de los congresistas que harían parte de la Comisión Accidental para la elección del Contralor General de la República.

iv) En la conformación y actuación de la Comisión Accidental, encargada de realizar las audiencias públicas para escuchar a los habilitados para asumir el cargo de Contralor General y de elaborar la lista de elegibles para este cargo.

¹⁰ Así se deduce, especialmente, de las siguientes disposiciones de la Resolución 007 del 19 de Julio del 2018, expedida por la Mesa Directiva del Congreso, “Por medio de la cual se efectúa una convocatoria pública y se selecciona una institución de educación superior que adelante la convocatoria para elegir al Contralor General de la República para el período 2018-2022”:

“ARTÍCULO CUARTO. En Desarrollo de las facultades legales descritas, se definen los parámetros que regirán la Convocatoria en los siguientes términos:

(...) 7. LISTA DE ADMITIDOS. Al finalizar el término de inscripción, **serán verificados los requisitos mínimos previstos en el inciso 7 del artículo 267 de la Constitución Política que establece “Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las cualidades adicionales que exija la Ley”.** Podrá continuarse con el proceso si al menos un (1) aspirante se inscribe en la convocatoria.

7.1. VERIFICACIÓN. **Verificado el cumplimiento de requisitos mínimos, con quienes cumplan y con la validación de la Comisión de Acreditación se publicará la lista de admitidos. Quienes no figuren en la misma se entenderá que han sido inadmitidos.**

7.2. RECLAMACIONES. **Durante el día hábil siguiente a la publicación de la lista de admitidos y no admitidos, de manera motivada, los aspirantes no admitidos podrán presentar reclamaciones dirigidas a la Mesa Directiva del Congreso de la República para que se revise la causal de inadmisión. La decisión definitiva se publicará al día siguiente de efectuada la reclamación y contra ella no procede ningún recurso. (...).**

Resalta la Sala

v) En las votaciones para la elección del Contralor General de la República.

Para finalizar, cabe destacar que la interpretación realizada en este concepto, respecto al alcance de las prohibiciones del art. 126 Superior según las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 2 de 2015, es concordante con la hermenéutica que sobre el artículo 126 Superior realizó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia de unificación del 7 de diciembre de 2016, la cual se condensa en las siguientes consideraciones:

*“(...) el artículo 126 Superior, como todos los postulados contenidos en la Constitución, es plenamente vinculante para todos los poderes públicos, **sin que haya argumento que pueda excusar o mitigar su transgresión, pues en todo caso prima la finalidad pretendida por el constituyente al consagrar la prohibición**”¹¹ (Resalta la Sala).*

2. La configuración de la prohibición contenida en el inciso 2 del art. 126 Superior frente a la figura de la delegación.

En la consulta elevada por el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, se pregunta a la Sala si “En el evento que el Contralor General de la República haya delegado la facultad para nominar o celebrar contratos en la Contraloría General de la República, ¿La prohibición del inciso segundo del artículo 126 aplica de la misma manera para nombrar o contratar a quienes intervinieron en la postulación o designación del Contralor General de la República y de las 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?”.

Al respecto, cabe recordar que la figura de la delegación ha sido definida por la jurisprudencia como “una técnica de manejo administrativo que supone el traslado de determinada competencia en favor de otro órgano de la administración, mediante acto escrito, revocable, susceptible de recursos en vía gubernativa y sin que ello implique la pérdida de la titularidad de la función para el delegado”¹².

En efecto, de acuerdo con lo previsto en el inciso 2 del artículo 211 de la Carta Política¹³, en concordancia con el artículo 12 de la Ley 489 de 1998¹⁴, la

¹¹ Consejo de Estado. Sentencia de unificación del 7 de diciembre de 2016, cit.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del trece (13) de febrero de 2014. Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00017-01(0719-13). M.P. Gerardo Arenas.

¹³ **Constitución Política. Artículo 211.** « [...] La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, **cuyos actos o resoluciones podrá siempre reformar o revocar aquel, reasumiendo la responsabilidad consiguiente.** La ley establecerá los recursos que se pueden interponer contra los actos de los delegatarios».

¹⁴ **Ley 489 de 1998** «Por la cual se dictan normas sobre la organización 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 artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones». **Artículo 12.** «Régimen de los actos del delegatario. Los actos expedidos por las autoridades delegatarias estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas. La delegación exime de responsabilidad al delegante, la cual corresponderá exclusivamente al delegatario, **sin perjuicio de que en virtud de lo dispuesto en el artículo 211 de la Constitución Política, la autoridad delegante pueda en cualquier tiempo reasumir la competencia y revisar los actos expedidos por el delegatario,** con sujeción a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

delegación implica el traslado de funciones, competencias y responsabilidades del delegante al delegatario. En consecuencia, es el primero y no el segundo quien ejerce la función administrativa delegada, toma las decisiones inherentes a estas, y responde por las mismas.

En todo caso, el art. 12 *ibídem* también establece que “los actos expedidos por las autoridades delegatarias **estarán sometidos a los mismos requisitos establecidos para su expedición por la autoridad o entidad delegante** y serán susceptibles de los recursos procedentes contra los actos de ellas” (Resalta la Sala).

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

Ahora bien, bajo esta misma perspectiva, se puede afirmar que los actos del delegatario están circunscritos a aquellos que podría realizar el delegante. En consecuencia, aquel no puede realizar actuaciones que le estén prohibidas al delegante, como es el caso de los nombramientos señalados 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 delegación y resumir sus competencias, como también para revisar los actos que profirió el delegatario. Estas circunstancias evidencian que el ejercicio de las funciones delegadas a un servidor público están influenciadas por el delegante, en virtud del vínculo funcional especial y permanente que se mantiene entre este y el delegatario.

Es así como la Corte Constitucional ha precisado lo siguiente, acerca de la delegación en el ámbito contractual¹⁵:

“(…) no constituye, de ninguna manera, el medio a través del cual el titular de la función se desprende por completo de la materia delegada. Por el contrario, la delegación crea un vínculo permanente y 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 delegación; las políticas y orientaciones generales que se establezcan, en aplicación del principio de unidad de la administración, para que los delegatarios conozcan claramente y consideren en sus decisiones los planes, metas y programas institucionales; la revisión y el seguimiento a las decisiones que tome el delegatario y la oportunidad para que el delegante revoque el acto de delegación y despoje oportunamente de la calidad de delegatarios a quienes no respondan a las expectativas en ellos fincadas. Para ello, el delegante conservará y ejercerá

¹⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C- 372 de 2002, **reiterada** por la misma corporación en la sentencia C-693 de 2008, en la que se declaró exequible el siguiente aparte del art. 21 de la Ley 1150 de 2007: “(…) **“En ningún caso, los jefes y representantes legales de las entidades estatales quedarán exonerados por virtud de la delegación de sus deberes de control y vigilancia de la actividad precontractual y contractual”**”. Lo anterior, bajo el entendido de que el delegante sólo responderá 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, Subsección B. Sentencia del cinco (5) de diciembre de 2016. Rad. Núm. 05001-23-31-000-2003-03663-01(41333).

las facultades que se le otorgan en razón 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 vínculo, 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 públicos, cobija también 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 relación de influencia y control sobre las actuaciones del delegatario, más aún cuando se trata de postular o nombrar a las personas que conformarán su grupo de trabajo o apoyo.

Finalmente, la Sala considera que afirmar lo contrario sería abrir una puerta para que a través de la figura de la delegación, se pueda despojar al art. 126 Superior de sus objetivos y fines.

En efecto, la referida disposición es plenamente vinculante para todos los servidores públicos y no existe en el ordenamiento jurídico una causa justificada, o una excepción sustentada en la figura de la delegación, que permita desconocer este mandato constitucional y su finalidad. En efecto, la única excepción a las prohibiciones contempladas en el art. 126 Superior es la consagrada en forma expresa en la misma disposición, la cual se pasa a analizar a continuación.

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

*“Está prohibido al servidor público **directamente o por interpuesta persona** designar, postular, nombrar, elegir a quien con anterioridad o posterioridad lo designó, nombró, eligió o postuló a sus parientes en los grados referidos en la norma.*

Resalta la Sala

Ciertamente, la finalidad de las prohibiciones previstas en el art. 126 ibídem podría ser desvirtuada, si los servidores públicos pueden sustraerse de esta ejerciendo su facultad nominadora por interpuesta persona, a través de la delegación 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 relación con la facultad nominadora de los servidores públicos, cobija el ejercicio de la facultad nominadora por parte de sus delegatarios, pues leído 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 tráfico de favores en la postulación y designación de servidores públicos pueda ser omitida a través de la figura de la delegación de funciones, no solo sería contrario a la finalidad de la norma, sino que además podría afectar el principio de moralidad que debe guiar el ejercicio de la función pública, en particular, la función nominadora de los servidores públicos.

3. La finalidad y alcance de la excepción contenida en el artículo 126 Superior, en relación con la prohibición a la facultad nominadora de los servidores públicos.

La regla del inciso 2° del artículo 126 Superior, mediante la cual se prohíbe a los servidores estatales postular o nombrar en cargos públicos a quienes intervinieron en su designación o postulación, o a ciertos familiares de estos, está acompañada del siguiente precepto:

“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**”.

Resalta y subraya la Sala

Para los efectos de la presente consulta, es relevante advertir que la excepción transcrita está concebida **en función** de la persona que debe ser **nominada y no del servidor público nominador**.

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

Así se deduce, en primer lugar, del tenor literal de la disposición, la cual establece que están exentos de las prohibiciones contempladas en el art. 126 Superior los **“nombramientos que se hagan en aplicación de las normas sobre ingreso o ascenso por méritos a cargos de carrera”**. Como se observa, la exégesis de la norma permite concluir, fácilmente, que el “objeto” de la excepción constitucional consagrada en el art. 126 ibídem son los **“nombramientos”** que debe realizar un servidor público en aplicación de las normas sobre ingresos por méritos a cargos de carrera.

Con todo, si en gracia de discusión se considera que la literalidad de la norma no explicitó su alcance, su lectura teleológica y sistemática 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 dinastías familiares en los cargos públicos – nepotismo-, así como garantizar la transparencia, imparcialidad e igualdad de oportunidades en el acceso a los cargos públicos, lo obvio y coherente es que la **excepción** a estas prohibiciones se oriente a garantizar el acceso al empleo de aquellas personas que deben ingresar o ascender por méritos a un cargo de carrera, aunque su nombramiento le corresponda a un familiar o de un servidor público que, a su vez, fue postulado o designado con su intervención o la de un familiar cercano.

Una interpretación distinta a la expuesta, vale decir, que concluya que la excepción del art. 126 de la C.P., exige a los servidores públicos que acceden a sus cargos en aplicación de las normas de carrera, de las prohibiciones contempladas en la misma norma, llevaría a afirmar que aquellos servidores públicos tienen un **fuero especial** que les permite ejercer su facultad nominadora sin límites y restricciones y, por lo tanto, pueden incluso nominar o postular libremente a sus familiares en cargos públicos. Esta interpretación, a juicio de la Sala, sería contraria a la finalidad o teleología de la prohibición 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 finalístico y la coherencia sistemática del art. 126 de la C.P., la excepción contenida en esta disposición está referida a la nominación de las personas que deben ingresar o ascender en un cargo público en aplicación de las normas de carrera, y no a la facultad nominadora de los servidores públicos que acceden a sus cargos por esta modalidad.

Por estas razones, se advierte, para efectos de la consulta formulada, que para la aplicación de la prohibición consagrada en el inciso segundo del art. 126 Superior, no es relevante determinar si *“El procedimiento de convocatoria pública, seguida de una lista de elegibles y posterior elección del Contralor General de la República, es en sí mismo un proceso de elección por mérito (...)”*.

En todo caso, es pertinente referirse a las consideraciones expuestas por esta Sala en concepto del 10 de noviembre de 2015¹⁶, sobre las diferencias y similitudes entre la convocatoria pública prevista por el nuevo art. 126 de la C.P., para el proceso de elección de servidores públicos por parte de corporaciones públicas, y el concurso de méritos previsto por la misma Constitución para acceder a los cargos de carrera:

Como ha quedado planteado, el Acto Legislativo 2 de 2015 adoptó el sistema de “convocatoria pública” como regla general para la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, frente a lo cual cabe preguntarse si se trata de una figura igual o diferente a la del “concurso público de méritos” que ya estaba prevista en la Constitución Política como regla general para el reclutamiento de funcionarios públicos (artículo 125). (...)

Pues bien, según la Ley 909 de 2004 (régimen general del empleo público), el concurso público de méritos es un procedimiento de selección de servidores públicos basado en la libre concurrencia, la publicidad, la transparencia, la objetividad, la eficiencia, la eficacia, la confiabilidad y el mérito: como quiera que su objetivo es la búsqueda de las personas más capacitadas e idóneas para el ejercicio del cargo ofrecido, lo cual se relaciona directamente con los derechos fundamentales a la igualdad y a la participación en el ejercicio y conformación del poder público, es el procedimiento aplicable en todos aquellos casos en que la ley, excepcionalmente, no haya previsto una forma diferente de vinculación al empleo público (artículo 125 C.P.). (...)

De acuerdo con la misma Ley 909 de 2004 y de otras leyes especiales que regulan concursos de méritos para la provisión de diversos empleos públicos, los concursos siguen en esencia unas etapas básicas de convocatoria y reclutamiento, evaluación de condiciones objetivas y subjetivas de los candidatos, y conformación de listas de elegibles. Además, como ha reiterado

¹⁶ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de noviembre de 2015, Rad. 2274. M.P. Álvaro Namén Vargas.

la jurisprudencia, es característica esencial del concurso que la lista de elegibles se ordene estrictamente de acuerdo con el resultado del procedimiento de selección (regla de mérito), de modo que quien obtiene la mejor calificación 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 expresión “convocatoria pública” optó por un mecanismo de elección que si bien se funda en los mismos principios básicos de los concursos públicos (incluso en cuanto al criterio de mérito), se diferencia de estos en que al final del proceso de selección las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados. **Se entendió que si se adoptaba un concurso público de méritos como tal, se obligaba al organismo nominador a nombrar de acuerdo con el orden de clasificación de los aspirantes, lo que se consideró como una reducción indebida de la autonomía de las corporaciones públicas.** Por tanto, se dijo, era necesario acudir a un sistema transparente, público, objetivo y basado en el mérito, **pero que fuera distinto al concurso público en cuanto permitiera al organismo elector escoger entre los varios candidatos que superaran la etapa de selección.** (...)

De este modo, además de que literalmente se trata de expresiones distintas y que el nuevo artículo 126 Constitucional alude a una y otra como figuras separadas (al señalar que la convocatoria aplicará “salvo los concursos regulados por la ley”), **la Sala observa que los antecedentes del Acto Legislativo 2 de 2015 ratifican que el constituyente derivado quiso diferenciar la convocatoria pública del concurso público de méritos del artículo 125 de la Constitución Política, particularmente porque en los procesos de elección mediante convocatoria pública no existe un orden obligatorio de escogencia entre los candidatos que superan las etapas de selección, tal como ocurre en los concursos de méritos.** Así pues, el sistema de convocatoria pública mantiene un grado mínimo de valoración o discrecionalidad política en cabeza de las corporaciones públicas para escoger entre quienes se encuentran en la “lista de elegibles”, aspecto que constituye el elemento diferenciador entre la convocatoria pública de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, y el concurso público de méritos a que alude el artículo 125 de la misma Carta (...)”¹⁷.

Resalta la Sala

Conforme a lo expuesto, los servidores públicos que asumen como tales en aplicación de las normas sobre ingreso o ascenso por méritos a cargos de carrera, no se equiparan con aquellos elegidos a través de la convocatoria pública introducida por el art. 2 del Acto Legislativo 2 de 2015 en el art. 126 Superior, para la elección de funcionarios por parte de corporaciones públicas, como es el caso del Contralor General de la República.

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

En consideración a todo lo expuesto,

IV. LA SALA RESPONDE:

¹⁷ Ibídem.

1. *¿El procedimiento de convocatoria pública, seguida de una lista de elegibles y posterior elección del Contralor General de la República, es en sí mismo un proceso de elección por mérito y, por tanto, exento de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política, en relación con los miembros del Congreso de la República?*

No. El procedimiento de convocatoria pública, seguida de una lista de elegibles y posterior elección del Contralor General de la República, no es en sí mismo el proceso de elección por méritos al que hace referencia la excepción del art. 126 de la C.P.

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

2. *¿Cuál es el alcance de la expresión “haber intervenido” en la postulación o designación del Contralor General de la República?*

El alcance que se debe atribuir a la expresión “haber intervenido” en la postulación o designación del Contralor General de la República, según lo dispuesto en el art. 126 de la C.P., es la de haber tomado parte, de manera directa o indirecta, en la postulación o designación del Contralor General de la República, en los términos expuestos en este concepto.

3. *¿La prohibición contenida en el inciso 126 de la Carta Política de haber intervenido en la postulación o designación del Contralor General de la República, se interpreta:*

3.1. *¿Para la totalidad de los miembros del Congreso de la República, independientemente que hayan intervenido o no en la elección de la comisión accidental para definir la lista de elegibles, ser miembro de la comisión accidental o participar en las plenarias de Senado y Cámara?*

La prohibición contenida en el inciso segundo del art. 126 de la Carta Política, en relación con las personas que intervinieron en la postulación o designación del Contralor General de la República, se configura en relación con los congresistas que eligieron a los miembros de la Comisión Accidental que realizaría las audiencias públicas y la elaboración de la lista de elegibles para la elección del Contralor General, así como en relación con los congresistas que hicieron parte de la referida Comisión Accidental, y aquellos que participaron en las plenarias de Senado y Cámara en la elección del Contralor General.

De manera adicional, la Sala observa que la prohibición contenida en el inciso segundo del art. 126 de la Carta Política también se configura en relación con los congresistas que hicieron parte de la Mesa Directiva del Congreso durante el proceso de elección del Contralor General y de las Comisiones de Acreditación Documental de ambas cámaras que emitieron el dictamen respecto a la lista de admitidos para la selección del Contralor. Asimismo, respecto de quienes tomaron parte en forma directa e indirecta en su postulación o designación.

3.2. *¿Exclusivamente para los congresistas asistentes el día de la votación y elección?*

La prohibición contenida en el inciso 126 de la Carta Política, en relación con las personas que intervinieron en la postulación o designación del Contralor General de la República, no se configura exclusivamente frente a los congresistas que asistieron el día de la votación y elección del Contralor General, pues esta se extiende a todos los congresistas que participaron, directa o indirectamente, en la postulación o designación del Contralor de la República, según las consideraciones expuestas en este concepto.

4. *¿Los congresistas que se declararon impedidos y les fue aceptado su impedimento se encuentran enmarcados en la prohibición del inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política? Así mismo, se encuentran en esta prohibición los congresistas que no asistieron a la sesión donde se eligió al Contralor General de la República por excusa justificada o no?*

Los congresistas que se declararon impedidos y a quienes les fue aceptado su impedimento para la elección del Contralor de la República, no se encuentran enmarcados en la prohibición del inciso segundo del artículo 126 de la Constitución Política, a menos que hayan intervenido en alguna otra forma o momento, en la postulación o designación del Contralor General de la República.

Asimismo, los congresistas que no asistieron a la sesión donde se eligió al Contralor General de la República, por excusa justificada o no, no se encuentran cobijados por la prohibición del inciso segundo del art. 126 de la C.P., a menos que hayan intervenido en alguna otra forma o momento, en la designación o postulación del Contralor General de la República.

5. *¿Los Congresistas presentes o que hayan intervenido en las entrevistas rendidas por los candidatos a Contralor General, se encuentran dentro de la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución Política?*

Los congresistas presentes, o que hayan intervenido en las entrevistas rendidas por los candidatos a Contralor General de la República, se encuentran cobijados por la prohibición contenida en el artículo 126 de la Constitución Política, toda vez que intervinieron en el proceso de postulación del referido funcionario.

6. *En el evento que el Contralor General de la República haya delegado la facultad para nominar o celebrar contratos en la Contraloría General de la República, ¿La prohibición del inciso segundo del artículo 126 aplica de la misma manera para nombrar o contratar a quienes intervinieron en la postulación o designación del Contralor General de la República y de las 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?*

Sí. En el caso de que el Contralor General de la República haya delegado la facultad de nominar a un servidor público o de celebrar contratos, también se aplican las prohibiciones del art. 126 Superior, de conformidad con las consideraciones expuestas en este concepto.

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

EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Presidente de la Sala

OSCAR DARIO AMAYA NAVA
Consejero de Estado

GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado

ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado

LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala