



## CONSEJO DE ESTADO

### SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ÁLVARO NAMÉN VARGAS

---

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil quince (2015)

**Radicación No.2274**

**Expediente:** 11001-03-06-000-2015-0182-00

**Referencia:** Forma de elección de contralores territoriales. Convocatoria pública y concurso. Acto Legislativo 2 de 2015.

El Ministerio del Interior consulta a esta Sala sobre cómo debe hacerse la elección de contralores territoriales por las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, toda vez que el Acto Legislativo 2 de 2015 dispuso que esa elección se realizaría “mediante convocatoria pública conforme a la ley” y hasta el momento esta ley no se ha expedido.

#### I. ANTECEDENTES

De acuerdo con el organismo consultante, el asunto tiene los siguientes antecedentes:

1. El artículo 272 de la Constitución Política estableció que los contralores departamentales, municipales y distritales serían elegidos por las asambleas y concejos municipales y distritales, respectivamente, “*de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso administrativo.*”
2. El Acto Legislativo 2 de 2015, que modificó el artículo 272 de la Constitución Política, mantuvo la competencia de las asambleas y concejos municipales y distritales para la elección de contralores territoriales, pero modificó el procedimiento que se debe seguir para tal efecto, en el sentido de señalar que la elección se realizará “*mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de*

*transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género (...)*”.

3. Dado que la ley que regula la referida convocatoria pública aún no ha sido expedida, el organismo consultante pregunta si para dar cumplimiento a la reforma constitucional es posible acudir por analogía a una ley que regule una situación semejante (p.ej. normatividad aplicable para la elección de personeros).

Con base en lo anterior, **SE PREGUNTA:**

1. *¿Teniendo en cuenta que no se ha expedido la ley correspondiente, que regule la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales, distritales y municipales, se puede aplicar por analogía, mientras se tramita y expide esa ley, el procedimiento previsto en la Ley 1551 de 2012, “por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, y en el Decreto Reglamentario No.2485 de 2014, “por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales” -hoy compilado en el Decreto único Reglamentario No.1083 de 2015-; con fundamento en el principio de aplicación inmediata de las normas constitucionales?*
2. *¿De no considerarse viable la propuesta anterior, cuál sería el mecanismo jurídico que debería aplicarse para atender la situación planteada?*

## II. CONSIDERACIONES

### 1. Planteamiento general e identificación del problema jurídico

El artículo 272 de la Constitución Política establecía originalmente que los contralores departamentales y municipales serían elegidos para periodos iguales a los de gobernador o alcalde, por las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales, respectivamente, *“de temas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo”* (inciso 4°).

Como indica el organismo consultante, el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015 modificó el inciso 4° del artículo 272 de la Constitución Política, en el sentido de sujetar la elección de los contralores territoriales a un procedimiento previo de convocatoria pública en los siguientes términos:

“Artículo 23. Modifíquense los incisos cuarto y octavo del artículo 272 de la Constitución Política.

## Inciso Cuarto:

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

## Inciso Octavo:

No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.<sup>1</sup>

Se puede observar entonces que la reforma constitucional mantiene la competencia de las asambleas y concejos para la elección de los contralores territoriales<sup>2</sup>, pero modifica el procedimiento para la escogencia de los candidatos a dichos cargos, en el sentido de que en el mismo ya no intervendrán los tribunales superiores y contencioso administrativos, sino que corresponderá adelantarlos directamente a los propios organismos electores -asambleas y concejos- (i) mediante una convocatoria pública conforme a la ley y (ii) con base en los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género.

Además, como se revisará mas adelante, esta disposición debe leerse de manera concordante con el artículo 126 de la Constitución Política, también modificado

---

<sup>1</sup> En relación con la modificación del inciso 8º, la norma anterior establecía: “No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia.”

<sup>2</sup> En varios momentos del debate legislativo se discutió la posibilidad de quitarle la competencia para la elección de contralores a las asambleas departamentales y concejos municipales para pasarla a la Comisión Nacional del Servicio Civil (Exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014, Gaceta del Congreso 458 de 2014), pero luego de algunas discusiones esa propuesta fue descartada: “El coordinador ponente lo resumió muy bien. El propósito de esta propuesta es no quitar esa competencia como corporación pública territorial, como lo establece nuestra Carta Política, con funciones políticas y administrativas a los concejos y a las asambleas que puedan seguir con esa competencia de elegir sus órganos que históricamente han elegido esta propuesta, perdón.” (Gaceta del Congreso 808 de 2014, Acta de Comisión 14 del 25 de septiembre de 2014). En este sentido se consideró que mantener la elección de los contralores territoriales en las asambleas y concejos era parte del reconocimiento constitucional a la descentralización y la autonomía territorial: “Pero, señor Presidente, la autonomía es un principio cardenal del régimen constitucional, ¿qué clase de autonomía?, autonomía regional. De la que hacen uso las autoridades regionales. Si nosotros desconocemos esa autonomía por mandato constitucional, creo que de pronto estemos nosotros avocados a cometer una sustitución de carácter constitucional (...) Pero no podemos nosotros de un solo brochazo terminar con la autonomía de las autoridades regionales.” (Gaceta del Congreso 305 de 2015).

por el Acto Legislativo 2 de 2015, en el que se sujeta *los procedimientos de convocatoria pública* a los principios anteriormente enunciados y, adicionalmente, *al criterio de mérito*.

Ahora bien, como quiera que aún no se ha expedido la ley que regula el procedimiento de convocatoria pública, el organismo consultante pregunta si es posible aplicar por analogía la ley que regula el concurso público de méritos para la elección de personeros o cualquier otra que la Sala considere pertinente.

Para resolver este interrogante, la Sala considera necesario revisar: (i) el contexto y fines de la reforma constitucional; (ii) el alcance que tiene la expresión "*convocatoria pública*" utilizada en diversos artículos del Acto Legislativo 2 de 2015, así como sus semejanzas y diferencias con el "*concurso público de méritos*"; y (iii) la posibilidad de aplicación analógica de la ley para el ejercicio de competencias administrativas. Con base en lo anterior se señalará el procedimiento de elección de contralores territoriales, hasta tanto se expida una ley específica que regule las convocatorias públicas a que alude el Acto Legislativo 2 de 2015.

## **2. Contexto de la reforma: responde a un nuevo entendimiento en la forma de elección de funcionarios por parte de las corporaciones públicas.**

La reforma al procedimiento de escogencia de contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y concejos municipales y distritales no es una decisión aislada del Congreso de la República. Responde a un cambio general en el sistema de elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas, en al menos dos aspectos que quedaron formulados expresamente en el debate de formación del Acto Legislativo 2 de 2015:

a) En primer lugar se buscaba la no intervención de las autoridades judiciales en la elección de los órganos de control, dada la politización que de dicha función habría llegado a producir, según la exposición de motivos, dentro de la judicatura<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014, Gaceta del Congreso 458 de 2014. Ver también Acta de Comisión 39 del 8 de abril de 2015: "Con esa aclaración, bajo esa línea rectora de que la postulación de los candidatos a Contralorías por los Tribunales y por la Rama Judicial, ha causado un daño profundo al interior de esa rama judicial, porque se ha formado lo que ustedes saben al interior, otra clase de intereses, pedimos en esa línea rectora despojemos esa facultad y le solicitamos a la Plenaria de esta comisión que tal como viene en la ponencia, votemos favorablemente el artículo 24 que conserva la competencia de los Consejos y las Asambleas y permite previa convocatoria pública de la propia corporación, escoger en el mes de diciembre y a continuación de los meses subsiguientes, los próximos Contralores Departamentales y Locales." (Gaceta del Congreso 305 de 2015).

Esto implicó, entre otros cambios, la reforma tanto del artículo 267 de la Constitución Política en relación con la elección de Contralor General de la República, como del artículo 272 respecto de los contralores territoriales.

b) En segundo lugar se consideró necesario sujetar la elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas a procedimientos de selección que garantizaran la participación ciudadana y el acceso al servicio público de las personas más capacitadas y transparentes<sup>4</sup>.

Así, en la ponencia para primer debate se establece expresamente que uno de los ejes centrales de la reforma constitucional es *“el mejoramiento del sistema de controles adoptando reglas para impedir el intercambio de favores entre controladores y controlados”* y *“la implementación de procesos de transparencia efectiva para la postulación y elección de candidatos a los órganos de control”*.<sup>5</sup>

Este objetivo se concretó en la sujeción de toda elección de servidores públicos por parte de las corporaciones públicas a un procedimiento público y meritario de *“convocatoria pública”*, definido en el artículo 126 de la Constitución Política de la siguiente manera:

“Artículo 126 (...) 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.”

A este procedimiento de convocatoria pública quedaron sometidas además de manera expresa las elecciones de los miembros de la Comisión de Aforados (artículo 178A)<sup>6</sup>, de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado (artículo 231)<sup>7</sup>, de los integrantes de la Comisión Nacional de Disciplina

---

<sup>4</sup> Exposición de motivos del Proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014, Gaceta del Congreso 458 de 2014.

<sup>5</sup> Gaceta del Congreso 495 de 2014.

<sup>6</sup> “Artículo 178A (...) La Comisión estará conformada por cinco miembros, elegidos por el Congreso en Pleno para periodos personales de ocho años, de listas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial y elaboradas mediante convocatoria pública adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial en los términos que disponga la ley.”

<sup>7</sup> “Artículo 231. Los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado serán elegidos por la respectiva Corporación, previa audiencia pública, de lista de diez elegibles enviada por el Consejo de Gobierno Judicial tras una convocatoria pública reglada de conformidad con la ley y adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial (...)”

Judicial (artículo 257)<sup>8</sup>, del Contralor General de la República (artículo 267)<sup>9</sup> y de los contralores territoriales (artículo 272)<sup>10</sup>.

Hace notar la Sala que lo establecido en el citado artículo 126 constituye el *régimen general* o de *condiciones mínimas* de este tipo de procedimientos de selección -sujeción a la ley y a los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y mérito-, de modo que es aplicable a todas las *convocatorias públicas* que se mencionan en las normas constitucionales anteriormente relacionadas, con las cuales se da una relación de complementariedad y no de exclusión<sup>11</sup>.

Esto último significa para el caso analizado que los principios enunciados en el inciso 4° del artículo 272 de la Constitución Política para la elección de contralores territoriales (publicidad, transparencia, participación ciudadana, objetividad y equidad de género), deben completarse con "*el criterio de mérito*" que de manera adicional se incluyó en el artículo 126 en cuestión. Al respecto, en el debate legislativo se indicó:

"Pero tanto en la Contraloría General como en las Contralorías Departamentales, yo quiero invitarlos a que miren el Inciso 4° del artículo segundo que modifica el 126 de

---

<sup>8</sup> "Artículo 256. (...) [La Comisión de Disciplina Judicial] estará conformada por siete Magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial previa convocatoria pública reglada adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial, y tres de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Presidente de la República, previa convocatoria pública reglada (...)". (Corchete fuera de texto).

<sup>9</sup> "Artículo 267. (...) 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 (...)".

<sup>10</sup> "Artículo 272 (...) Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

<sup>11</sup> De esto se dejó constancia en el Acta de Comisión 25 del 13 de noviembre de 2014: "Doctor Bravo, frente a este último inciso de la lectura de él, lo que se busca es simplemente que cuando se trate de elecciones o designaciones que haga una Corporación Pública, llámense Concejos, Asambleas, Representantes, Cámara o Senado de la República, esa elección que hace cualquiera de estas Corporaciones Públicas, siempre esté precedida de una convocatoria pública donde se fijen los requisitos, objetivos y claros, en esta definición del último inciso del artículo 126, solo se refiere a las elecciones que realizan los miembros de las Corporaciones Públicas, estamos hablando de Personeros, Contralores, Procurador, Defensor del Pueblo y demás, por eso creemos que podemos votar el artículo, de pronto si es necesario hacer alguna aclaración la podemos recoger en la ponencia doctor Bravo, pero tal y como está redactada, da precisión frente a que se trata de las elecciones que realizan las Corporaciones Públicas. Gracias, Presidente." (Gaceta del Congreso 38 de 2015).

la Constitución Política. Ese Inciso 4° del Artículo Segundo dice textualmente la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana y equidad de género y hay una proposición aditiva, no la tengo a la mano no sé si el coordinador de ponentes la tiene, para cuando lleguemos al artículo segundo en donde se añadiría además, Representante Carlos Abraham, el concepto de méritos de los aspirantes, concepto de méritos de los aspirantes para esa convocatoria pública, de esta manera se combina dejar en firme las facultades del Congreso, ah, mire dice equidad de género y criterios de mérito para su selección, de esa manera combinamos mantener la facultad, la competencia que tiene el Congreso a nivel Nacional y las Asambleas y Concejos a nivel departamental que no se las podemos quitar tampoco para elegir los Contralores y cumplir un procedimiento transparente de méritos que se tiene que hacer en esta materia.” (Se subraya)<sup>12</sup>

### **3. El concepto de convocatoria pública: comparte en lo sustancial los elementos propios del concurso público de méritos, salvo por el hecho de que no existe un orden de elegibilidad dentro de la lista de seleccionados**

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). Esto porque si fueran términos equivalentes la consulta se resolvería fácilmente mediante la aplicación directa y sin restricciones de las normas legales que regulan actualmente el concurso público de méritos.

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

---

<sup>12</sup> Gaceta del Congreso 479 de 2015. Acta de Comisión 50 del 19 de mayo de 2015. Ver también Acta de Plenaria 51 de 2015, intervención del Senador Oscar Aguilar: “Aporto y apoyo lo que se dice, en una **convocatoria pública de méritos, técnica, con unos principios altamente transparentes, que realmente permitan hacer una convocatoria abierta, pública**, para que puedan acceder los mejores perfiles. Una convocatoria, también, donde haya la participación de género, una participación donde se puedan seguir unos lineamientos y desde luego entregarle esa confianza a los colombianos, porque es lo que queremos entregarle a las instituciones.” (Gaceta del Congreso 644 de 2015.)

ejercicio del cargo ofrecido<sup>13</sup>, 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.)<sup>14</sup>.

Aun cuando el concurso público de méritos es el mecanismo de ingreso a los cargos de carrera administrativa, nada obsta para que se acuda a el para la provisión de otro tipo de cargos. En tal sentido la Corte Constitucional ha señalado que en la medida en que la Carta Política propende por un sistema meritocrático de vinculación al empleo público, el uso de los concursos de méritos para proveer empleos que no son de carrera *“aunque no constituye un imperativo, es constitucionalmente admisible”*<sup>15</sup>.

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<sup>16</sup>, los concursos siguen en esencia unas etapas básicas de convocatoria y

---

<sup>13</sup> Sentencia C- 319 de 2010: “Desde esta perspectiva, la carrera y el sistema de concurso de méritos constituyen, entonces, instrumentos técnicos de administración de personal y mecanismos de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantizan que a la organización estatal, y concretamente a la función pública, accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose de manera definitiva la inclusión de otros factores de valoración que repugnan a la esencia misma del Estado Social de Derecho, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo que, por lo demás, se identifican en el área de la sociología política y la ciencia administrativa, como criterios de selección de personal que se contraponen a los nuevos roles del Estado contemporáneo y que afectan en gran medida su proceso de modernización y racionalización, el cual resulta consustancial a la consecución y cumplimiento de los deberes públicos.”

<sup>14</sup> Sentencia C-319 de 2010: “Esta Corporación ha sostenido que, en virtud del artículo 125 Superior, la regla general que rige el ingreso a la carrera administrativa es el concurso público de méritos.”

<sup>15</sup> Sentencia C-105 de 2013: “Distintos argumentos apoyan esta conclusión. En primer lugar, el Artículo 125 de la Carta Política establece que los funcionarios del Estado deben ser nombrados por concurso público, que los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, y que el ingreso y el ascenso en la misma debe efectuarse mediante dicho procedimiento. Como puede advertirse, la obligatoriedad de este sistema en los cargos de carrera no excluye su utilización en aquellos que no tienen este carácter. Por el contrario, como según el texto constitucional el concurso es la regla general, las excepciones que se establezcan en el derecho positivo deben estar respaldadas y justificadas en los principios y fines del propio ordenamiento constitucional. En segundo lugar, la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento para la elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros), sino que además, sus finalidades justifican su aplicación en las hipótesis que cuestiona el demandante.”

<sup>16</sup> Por ejemplo, la Ley 1134 de 2007 sobre concurso público de méritos para la elección de Registrador Nacional de la República o la Ley 1551 de 2012 y el Decreto 2485 de 2104 en relación con la elección de personeros municipales.

reclutamiento, evaluación de condiciones objetivas y subjetivas de los candidatos, y conformación de listas de elegibles<sup>17</sup>. Además, como ha reiterado 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:

“La evaluación de factores objetivos y subjetivos, tiene, a juicio de la Corte, una consecuencia adicional que es la designación de quien ocupe el primer lugar. En efecto, de acuerdo con la Corporación, ‘cuando se fijan en forma precisa y concreta cuáles son las condiciones que han de concurrir en los aspirantes y se establecen las pautas o procedimientos con arreglo a los cuales se han de regir los concursos, no existe posibilidad legítima alguna para desconocerlos y una vez apreciados éstos quien ocupará el cargo será quien haya obtenido mayor puntuación’, pues de nada serviría el concurso si, a pesar de haberse realizado, ‘el nominador puede elegir al candidato de sus preferencias’.

La Corte respondió así a la situación evidenciada por la iniciación de múltiples procesos de tutela “en los que los accionantes se quejan de haber concursado para ingresar a un cargo de carrera administrativa y, a pesar de haber obtenido un puntaje superior al de quien en últimas se nombró, fueron excluidos con el argumento de la falta de idoneidad moral y social de los concursantes”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> “De este modo, los concursos previstos en la ley deben conformarse como procedimientos abiertos en los que cualquier persona que cumpla los requisitos de ley tenga la posibilidad efectiva de participar y en los que los concejos no tengan la facultad, ni directa, ni indirecta, de definir previamente un repertorio cerrado de candidatos. Es decir, debe existir una convocatoria pública que permita conocer de la existencia del proceso de selección, así como las condiciones para el acceso al mismo. De igual modo, tanto los exámenes de oposición como la valoración del mérito deben tener por objeto directo la identificación de los candidatos que se ajustan al perfil específico del personero. Esto significa, por un lado, que los criterios de valoración de la experiencia y de la preparación académica y profesional deben tener una relación directa y estrecha con las actividades y funciones a ser desplegadas por los servidores públicos y, por otro, que la fase de oposición debe responder a criterios objetivos que permitan determinar con un alto nivel de certeza las habilidades y destrezas de los participantes. Por lo demás, la oposición y el mérito deben tener el mayor peso relativo dentro del concurso, de modo que la valoración subjetiva a través de mecanismos como las entrevistas, constituya tan solo un factor accesorio y secundario de la selección. Finalmente, el diseño del procedimiento debe asegurar su publicidad, así como que las decisiones adoptadas dentro del mismo puedan ser controvertidas, debatidas y solventadas en el marco del procedimiento, independientemente de la vía judicial.” (Sentencia C-105 de 2013)

<sup>18</sup> Sentencia C-588 de 2009. Ver también Sentencia C-319 de 2010. En Sentencia T-294 de 2011 se reitera: “En consecuencia, culminadas las etapas del concurso público, se crea, en cabeza del aspirante que ocupó el primer lugar, un derecho a ser nombrado al cargo público, derecho que no puede ser desconocido por el nominador, pues de hacerlo estaría trasgrediendo la naturaleza de dicho proceso y, por tanto, iría en contra del principio constitucional del mérito, lo cual autoriza concluir que no es posible desconocer derechos válidamente adquiridos por los concursantes una vez finalizadas todas las etapas del concurso.”

De este modo, en los concursos públicos de méritos el nominador no puede separarse del orden contenido en la lista de elegibles, lo que significa que está obligado a proveer los cargos vacantes con estricto apego a la clasificación de los aspirantes.

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<sup>19</sup>. 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:

"Gracias, Presidente. Yo solamente quiero manifestar con respecto a este artículo que yo presenté una proposición, hay un punto del artículo que es el que no he podido compartir y es en la forma en que se van a elegir los miembros de este Tribunal de Aforados. Esta proposición no fue acogida dentro del informe de la Subcomisión y yo quisiera que quedara como constancia, señor Presidente, porque esta proposición apunta a pedir que la elección que se haga de los miembros del Tribunal se haga por Convocatoria Pública y no por concurso, por esta razón, porque aquí el artículo está diciendo que los miembros del Tribunal van a ser elegidos por la Cámara de Representantes mediante un Concurso Público. En este país ya hemos visto lo que ha pasado con los concursos: primero, que no gozan de la transparencia que se requiere o de la credibilidad que generan estos concursos, que muchas veces han sido demandados.

Pero además, entre otras cosas, es porque aquí ya los jueces de la República, que además también les da por legislar cuando fallan las tutelas, nos han dicho en repetidos concursos que quien debe estar nombrado es aquel que ha sido

---

<sup>19</sup> Gaceta del Congreso 479 de 2015. Acta de Comisión 50 del 19 de mayo de 2015: "Me explico, todos sabemos y usted lo acaba de decir que cuando hablamos textualmente del término concurso de méritos ya hay una jurisprudencia de la Corte Constitucional absolutamente clara en esa materia que ha definido una y otra vez tutelas de personas que ganan los concursos de méritos, por eso entre otras cosas y después de un estudio con las propias Altas Cortes de esos términos es que no solamente para el tema de Contralor sino en general, para las elecciones en las Altas Cortes se ha cambiado el término concurso de méritos por convocatoria pública reglada, convocatoria pública reglada quiere decir que quien convoque, tendrá que establecer unos criterios para aplicar los principios de transparencia, de objetividad, de requisitos y de méritos". (Se resalta)

designado de primero en el concurso; si eso opera mediante una tutela en la elección de los Miembros del Tribunal, qué cuando se haga un Concurso Público (*sic*) en el Sistema de Calificación haya que designar a quien está de primero, pues mal haríamos en dejar una norma para decir que el que lo va a elegir es la Cámara de Representantes, porque eso no se iría a aplicar. ¿Quién iría a elegir a los miembros del Tribunal? Pues por supuesto quien haga el concurso, la entidad que celebra el concurso será aquella que va a elegir a los miembros y no la Cámara de Representantes.

Por esa razón yo presenté esa proposición para que fuera hecho en una Convocatoria Pública, que los medios, que la comunidad, que las universidades, que todo el mundo participara y se pudiera conocer con transparencia las hojas de vida de quienes fueran a ser seleccionados por la Cámara de Representantes. Como esta proposición no fue acogida por parte de la Subcomisión, yo sí quisiera que se quedara como constancia, para poder reabrir el debate en la Plenaria de la Cámara. Gracias, Presidente.”<sup>20</sup> (Paréntesis fuera de texto)

En el mismo sentido -que la realización de un concurso público de méritos limitaba la posibilidad de elección de las corporaciones públicas-, se manifestó el Ministro del Interior en Segunda Vuelta -Acta de Comisión 50 de 2015- a propósito, precisamente, de la elección de contralores territoriales:

“(…) lo otro decir que es un concurso público de méritos es mejor de una vez decir con toda claridad que se le quita a las Asambleas y Concejos esa facultad y que la ESAP o la Universidad Nacional o no sé qué entidad del orden nacional va a llegar a cada departamento y a cada municipio de Colombia a definir quién es el Contralor.”<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Gaceta del Congreso 93 de 2015, Acta 26 del 18 de noviembre de 2014. Representante Miguel Ángel Pinto. También la intervención del Senador Armando Benedetti en Plenaria del Senado de la República en Segunda Vuelta: “Presidente, me voy a poner así porque el doctor Navarro dijo que vocalizara mejor, entonces me voy a acercar más al micrófono. La que está radicada, primero, señor Presidente, es la de la doctora Claudia López. ¿Qué dice la doctora Claudia López? Que ella quiere que se escojan las personas o que se inscriban ante el Congreso mediante concurso público de méritos conforme a lo que señale la ley. ¿Por qué no nos gusta esa a los ponentes? Porque entonces un concurso público de méritos lo único que hace es que el primero que quedó de primero ese es el que tendría que elegir el Gobierno. Nosotros, en la ponencia va el tema de la convocatoria que se puede inscribir todo el mundo, se revisa si las calidades son para el cargo y el Congreso entonces ahí sí puede elegir. Como lo propone la doctora Claudia López, seríamos solamente, notarios.” (Acta de Comisión 51 del 28 de abril de 2015, Gaceta del Congreso 644 de 2015). Así, la primera vuelta del acto legislativo se cierra utilizando la figura de convocatoria pública en lugar del concurso público de méritos (Gaceta del Congreso 474 de 2015, Acta Plenaria 36 de 2014). En ese sentido, la Senadora Claudia López deja constancia al iniciar la segunda vuelta de su desacuerdo con los ponentes pues “no fue incluida la propuesta de que los contralores regionales sean elegidos por los Concejos o Asambleas previa realización de un concurso de méritos del que saldría una lista de elegibles” (Gaceta del Congreso 138 de 2015).

<sup>21</sup> Gaceta del Congreso 479 de 2015. En general en esta Acta aparece de manera detallada la discusión de las opciones presentadas entre concurso público y convocatoria pública. Ver también

Argumentos similares se presentaron al estudiar la forma de elección de Contralor General de la República, momento en el cual se advirtió por uno de los parlamentarios que la norma propuesta no era clara sobre si era necesario hacer *"un nuevo concurso"* cuando había una vacancia absoluta en el cargo, frente a lo cual uno de los ponentes del proyecto aclaró que *"si fuera concurso público formal hay que elegir por el orden, es convocatoria mas no concurso, entonces sí es convocatoria, si fuera concurso habría que elegir el de la lista y entonces la función del Congreso queda reducida a nada."*<sup>22</sup>

Un debate análogo se advierte al cambiar de concurso a convocatoria pública en la elección de magistrados del Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, donde se señaló que *"frente al artículo 10 del texto aprobado en primer debate, segunda vuelta, que modifica el artículo 231 de la Constitución Política, se proponen dos modificaciones. La primera es sustituir el requisito de concurso de méritos por oposición con una 'convocatoria pública reglada, con la claridad de que en todo caso con la convocatoria pública se "mantiene un sistema de selección objetiva y de meritocracia, pero esta no toma necesariamente la forma de un concurso"*<sup>23</sup>.

Igualmente puede verse el Acta de Comisión del 15 de mayo de 2015, que contiene uno de los últimos debates de la reforma, en cuanto a la necesidad de utilizar un sistema objetivo para la conformación de la lista de elegibles, pero no bajo la forma de concurso (que limita la autonomía de las corporaciones locales), sino de convocatoria pública sujeta a principios de transparencia, publicidad y mérito:

"Luego me parece que aquí hay que hacer un llamado a que el Congreso de la República en el caso nacional y las Asambleas y Concejos en los casos regionales actúen con la mayor seriedad, con la mayor responsabilidad, obviamente con un procedimiento reglado que tendrá que definirse en la ley para cumplir con un proceso de selección objetiva sin duda alguna pero en donde los Concejos y Asambleas tengan la posibilidad entre una lista de elegibles, de elegir la persona que consideren puede cumplir de mejor manera ese empeño. Por eso yo quisiera,

---

Actas de Comisión 23 y 24 del 11 y 12 de noviembre de 2014, en las que se discute el uso del concurso público de méritos para la elección de funcionarios por parte de las corporaciones públicas de elección popular.

<sup>22</sup> Gaceta del Congreso 239 de 2015, Acta de Comisión 37 del 7 de abril de 2015. Ver también Gaceta del Congreso 738 de 2014: "Ustedes creen que es mejor que vengan aquí cien candidatos a una convocatoria pública para Contralor que se autonominen y que luego le hagan una calificación de los diplomas y eso los habilita para que sean elegidos Contralores o Procuradores, se equivocan, esos cargos deben tener otros juicios distintos que no radican únicamente en las capacidades intelectuales, en el número de diplomas, sino que tienen que ver con otra cosa que se llama el carácter, el juicio político, el sentido de la política, que son elementos que tiene que juzgar el Congreso de la República."

<sup>23</sup> Ponencia para Primer Debate en Segunda Vuelta, Gaceta del Congreso 289 de 2015.

señor Presidente, pedirle que se votara el artículo como viene contenido en la ponencia advirtiendo que cuando lleguemos al artículo segundo que está en el eje de la Justicia, vamos a añadir a esos criterios de transparencia, de objetividad, de requisitos de hoja de vida el concepto de selección por méritos, pero no concurso público de méritos que restringe mucho esas facultades y competencias de las corporaciones públicas, entre otras cosas ese sería un concepto para todas las elecciones que hagan las Cortes, el Congreso y yo creo que es un gran avance en la Constitución y en la normatividad colombiana a ver si cada día mejoramos esos criterios objetivos de selección.”<sup>24</sup>

Es así que durante la primera vuelta, en los casos por ejemplo de Contralor General de la República<sup>25</sup>, Procurador General de la Nación<sup>26</sup> y contralores territoriales<sup>27</sup>, fueron derrotadas proposiciones sustitutivas que pretendían reemplazar la expresión “convocatoria pública” por la de “concurso público de méritos”<sup>28</sup>. Igual sucedió posteriormente en Segundo Debate donde se votaron negativamente otras propuestas orientadas a que las elecciones de magistrados de altas cortes y de los miembros de las Comisiones de Aforados y de Disciplina

<sup>24</sup> Intervención del Ministro del Interior, Gaceta del Congreso 479 de 2015.

<sup>25</sup> Gaceta 123 de 2015, Acta de Plenaria 39 del 3 de diciembre de 2014. La propuesta la hizo el Representante Santiago Valencia del Centro Democrático “Y en segundo, simplemente para reforzar la ponencia mayoritaria dice que sea por convocatoria abierta para escoger los candidatos a Contralor General, nosotros lo que proponemos es que además de que sea convocatoria abierta, pues que sea la Comisión Nacional del Servicio Civil quien mediante concurso público de méritos llame a las personas que consideren por meritocracia que pueden ocupar el cargo, lo hagan, y luego entonces de allí pasen a una lista de elegibles para finalmente ser elegido”.

<sup>26</sup> Gaceta 123 de 2015. Acta de Plenaria 39 del 3 de diciembre de 2014. La propuesta la hizo el Representante Santiago Valencia del Centro Democrático. “En segundo lugar, estamos de acuerdo con la prohibición de la reelección del Procurador, y estamos de acuerdo obviamente también en las inhabilidades que además se habían estipulado para los otros cargos de los Órganos de Control como de las Magistraturas. Sin embargo lo que proponemos aquí, y es la diferencia sustancial con la ponencia mayoritaria, es que también el Procurador sea elegido de una lista de elegibles escogido por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante concurso público de méritos para darle independencia y transparencia al ejercicio que ejerce el Procurador General de la Nación. Gracias Presidente.”

<sup>27</sup> “Por lo tanto, la propuesta del Centro Democrático es que los Contralores Departamentales, Distritales y Municipales sean elegidos por la Comisión Nacional del Servicio Civil mediante concurso público de méritos de acuerdo a la Constitución Política. Gracias Presidente. (Gaceta 123 de 2015. Acta de Plenaria 39 del 3 de diciembre de 2014, propuesta del Representante Santiago Valencia del Centro Democrático). Esta proposición fue respaldada por otros Representantes como Oscar Ospina Quintero, Germán Navas, Víctor Javier Correa Vélez y Angélica Lozano, quien manifestó: “Eso pasa en todos los municipios de nuestro país, los Contralores tienen que ejercer; y los Personeros la función de órganos de control, ni perseguir, ni tapar, representar ciudadanos; y ¿eso quién lo garantiza?, un concurso público de méritos; que lleguen allí por concurso, competencia, con unos criterios, con unos exámenes, no por elección del Concejo ni de la Asamblea, ni siquiera del mismo Congreso; y estamos en mora de dar ese debate.” Ver también Acta de Comisión 38 de 2015, Gaceta 239 de 2015, intervención del Partido Alianza Verde sobre necesidad de someter la elección de contralores territoriales a concurso público de méritos. Igualmente ver Gaceta del Congreso 355 de 2015.

<sup>28</sup> Gaceta 123 de 2015, Acta de Plenaria 39 del 3 de diciembre de 2014.

Judicial, así como del Contralor General y de los contralores territoriales, se hiciera sobre ternas elaboradas por *concurso público de méritos*<sup>29</sup>.

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<sup>30</sup>. Sin embargo, en lo demás (publicidad de la convocatoria, reclutamiento de los mejores perfiles, transparencia, aplicación de criterios objetivos y de mérito, etc.) puede decirse que no existen diferencias sustanciales entre uno y otro mecanismo de selección de servidores públicos.

En consecuencia debe advertirse, como se evidencia también en los apartes del debate legislativo anteriormente transcritos, que el concepto de “*convocatoria pública*” pese a no ser equivalente al de “*concurso público de méritos*”, sí tiene elementos importantes de similitud con este último al compartir la misma razón jurídica: asegurar mediante un procedimiento reglado la mayor participación

---

<sup>29</sup> Gaceta del Congreso 479 de 2015. Ver también Gaceta 785 de 2015.

<sup>30</sup> Gaceta del Congreso 808 de 2014: “Segundo. Creemos que la Comisión Nacional del Servicio Civil con base en principios de transparencia, de equidad, de publicidad, debe organizar una convocatoria pública para conformar una lista de elegibles, no es exactamente un concurso, porque la elección va a corresponder al Congreso, en particular al Senado. De manera que no es un concurso público, simplemente una manera de seleccionar una lista de elegibles, un organismo técnico como la comisión nacional del servicio civil que verifique los requisitos, los antecedentes, los pongo en conocimiento de la opinión pública, permita que haya una controversia pública, una verificación, que si algún ciudadano tiene alguna objeción sobre lo que ha acreditado en su hoja de vida, uno de los candidatos tenga un tiempo para hacerlo, que esa controversia se cierre allí en la Comisión Nacional del Servicio Civil y que luego de este procedimiento público de verificación de requisitos, de transparencia, de verificación ciudadana, la Comisión Nacional del Servicio Civil remita al Senado la lista de elegibles (...) Yo digo que ahí estaría concentrado toda el espíritu de la proposición de Claudia López y este artículo rige para todas las elecciones que hagan las corporaciones públicas, no sé si se ha modificado el artículo, Presidente. Eso era todo. Gracias.”

posible de interesados, la evaluación de sus méritos y la selección de los mejores candidatos a cada cargo. Al respecto en el debate legislativo se indicó:

“Adicional a ello, el artículo establece por primera vez, no lo establecía norma alguna en estos debates, una convocatoria pública, pero no es cualquier convocatoria pública. El inciso 4° del artículo 2° de esta Reforma Constitucional, establece que toda elección que esté atribuida a corporaciones públicas, debe estar precedida por unos requisitos y procedimientos que garanticen principios tan importantes de la función pública como es la publicidad, la transparencia, la participación ciudadana y la equidad de género.

Así que yo creo que esta introducción del inciso 4° del artículo 2°, pues no permite una discrecionalidad de los Consejos (sic) y las Asambleas para que puedan elegir de manera amañada si es lo que se quiere evitar con la negación de este artículo.”<sup>31</sup>

En este sentido, la sujeción a la ley y a un mínimo de principios orientadores (en esencia comunes a los de los concursos de méritos) tiene entonces el propósito de ordenar la forma de hacer la elección<sup>32</sup> y de garantizar que la convocatoria pública sea *un procedimiento esencialmente reglado*, sin perjuicio del margen de apreciación que se reserva a las corporaciones públicas:

“Y la segunda proposición es una proposición presentada por la doctora Angélica Lozano en el sentido de que en el inciso 4° se incluyan dos temas, una, que la convocatoria pública sea reglada, porque tal y como está en la ponencia se habla de convocatoria pública sin ningún otro aditamento; aquí se busca que la convocatoria pública sea reglada, y, dos, que esa convocatoria pública reglada se garanticen los principios de publicidad, transparencia y equidad de género que están actualmente en la ponencia y se agreguen criterios de mérito en la selección

---

<sup>31</sup> Acta de Comisión 39 de 2015, Gaceta del Congreso 305 de 2015.

<sup>32</sup> Gaceta del Congreso 92 de 2015, Acta de Comisión 24 del 12 de noviembre de 2014: “El señor Presidente concede el uso de la palabra al honorable Representante Heriberto Sanabria Astudillo: *Gracias Presidente, para facilitar el trámite, yo sé que estamos agotados y hay una plenaria haciendo presión, le he sugerido al coordinador de ponentes que nos recoja una sugerencia en el sentido de que se le agregue al contenido del artículo que mediante convocatoria pública conforme a la ley, ¿ya?, conforme a la ley, porque es que esas convocatorias públicas es por un parlante de la iglesia o es por una emisora comunitaria, o es con un edicto detrás de la puerta de una alcaldía, y entonces el problema Angélica, no es el origen de quien postula, el problema es de competencias y de funciones y yo creo que este Congreso tiene que trabajar en ese sentido, simplemente era sugerirle que la convocatoria pública esté conforme a la ley para que lo tenga en cuenta al informe que vamos a llevar a la plenaria. Gracias.*” Ver también Gaceta 341 de 2015: “Frente a este artículo [el 126] se incluye únicamente la calificación de “reglada por la ley” a la convocatoria pública que se impone para las elecciones de funcionarios atribuidas a las corporaciones públicas, con la finalidad de fortalecer los sistemas de elección de cuerpos colegiados de índole público.”

de las convocatorias públicas. Esa proposición que presenta la doctora Angélica Lozano también es acogida desde la coordinación de ponentes.<sup>33</sup>

Por tanto, es claro que *“la convocatoria pública”* no implica absoluta discrecionalidad o liberalidad del órgano elector, pues en cualquier caso ese procedimiento queda sujeto, conforme al artículo 126 de la Constitución Política, a la regulación legal y a los principios de mérito, equidad de género, publicidad, participación, y transparencia, los cuales, en el caso de los contralores territoriales, se reiteran en el artículo 272 ibídem, en el que se incluye además el principio de objetividad.

En síntesis, puede decirse que los principios, métodos y procedimientos de los concursos públicos de méritos son compatibles con el concepto de *“convocatoria pública”* de los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política, salvo por el hecho de que en la etapa final del proceso no existe un orden específico dentro de la lista de elegibles.

#### **4. La analogía en el ámbito del derecho público: su uso es posible dentro del marco del principio de legalidad. Solución del caso analizado**

Según se ha revisado, el Acto Legislativo 2 de 2015 modificó, entre otros aspectos, la forma de elección de los contralores territoriales, en el sentido de que esta ya no se hará por las asambleas y concejos a partir de ternas elaboradas por los tribunales superiores y contencioso administrativos, sino mediante una convocatoria pública *conforme a la ley* y con base en los principios de *transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito* (artículos 126 y 272 C.P.).

Toda vez que la reforma constitucional es reciente y el legislador aún no ha expedido la ley especial que regirá este tipo de convocatorias públicas, se consulta si resultaría aplicable por analogía la legislación que regula el concurso

---

<sup>33</sup> Gaceta del Congreso 480 de 2015, Acta de Comisión 51 del 20 de mayo de 2015. Además se dejó claro que los principios de publicidad y transparencia buscan que la ciudadanía pueda hacer un control efectivo de la elección: “En ese sentido, entregar a la ciudadanía la posibilidad de encargarse de la función fiscal a través del proceso de convocatoria pública implicará que esta función se ejecute con rigurosidad y transparencia, pues es de la sociedad de donde provienen los recursos públicos con el que se financia el Estado, y quién más responsable de vigilar la ejecución de los recursos que la misma ciudadanía que financia el andamiaje institucional. Así entonces, permitir que la sociedad sea quien vigile sus propios recursos implica controlar el poder de la Institucionalidad, lo que muestra que este tipo de modificación en las Contralorías contribuye al reequilibrio del Poder Público y en suma al sistema de pesos y contrapesos.” (Gaceta del Congreso 289 de 2015. Ver también Gaceta del Congreso 341 de 2015).

público de méritos para la elección de personeros municipales o, en su defecto, alguna otra ley que la Sala considere aplicable al asunto.

Pues bien, la aplicación analógica de la ley se encuentra prevista en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 de la siguiente manera:

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

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

La analogía supone entonces (i) un asunto o conflicto que debe resolverse; (ii) la inexistencia de una ley exactamente aplicable a ese asunto; y (iii) una ley que regula casos o materias semejantes (no iguales) que comparten la misma razón jurídica y, por tanto, admiten la misma solución en derecho<sup>34</sup>. Si se dan estas condiciones, se permite aplicar la ley análoga o semejante:

*"7.2.7 De esta manera, en el proceso de integración normativa, la analogía surge como un mecanismo de expansión del derecho frente a aquellos casos en los que no existe regulación alguna. En otras palabras, la analogía implica atribuir al caso no regulado legalmente, las mismas consecuencias jurídicas del caso regulado similarmente. Sin embargo, para que dicho razonamiento sea válido jurídicamente, se requiere que entre los casos exista una semejanza relevante, que además de ser un elemento o factor común a los dos supuestos, corresponda a una razón suficiente para que al caso regulado normativamente se le haya atribuido esa consecuencia específica y no otra."<sup>35</sup>*

Ahora bien, pese a que no existe una prohibición para aplicar las reglas de interpretación normativa de la Ley 153 de 1887 en el ámbito del derecho público - de hecho su uso es frecuente-, no pueden pasarse por alto los límites que se

<sup>34</sup> Sentencia SU-975 de 2003: "El principio de la analogía, o argumento *a simili*, consagrado en el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, supone estas condiciones ineludibles: a) que no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido; b) que la especie legislada sea semejante a la especie carente de norma, y c) que exista la misma razón para aplicar a la última el precepto estatuido respecto de la primera."

<sup>35</sup> Sentencia T-734 de 2013.

presentan en el caso particular de la analogía, debido a la sujeción de las autoridades administrativas al principio de legalidad (artículos 4, 121 y 122 C.P.). Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía:

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

Este principio permite deducir que, en un Estado de derecho, como el nuestro, no existen poderes implícitos ni competencias deducibles por analogía, circunstancias que desvirtúan su esencia; que el ejercicio de las potestades públicas conferido por el ordenamiento jurídico a determinada autoridad es indelegable e intransferible, salvo norma que lo autorice expresamente; y, finalmente, que las potestades públicas no son negociables ni transigibles, por cuanto constituyen manifestación directa de la naturaleza soberana del Estado.”<sup>36</sup>

También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria<sup>37</sup>, sancionatoria<sup>38</sup>, de inhabilidades e incompatibilidades<sup>39</sup> y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas<sup>40</sup> o prohibitivas<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Sección Tercera, Sentencia del 8 de junio de 2000. Radicación número: 16973. Ver también de la Sección Cuarta la Sentencia del 28 de agosto de 1992, exp. 1992-4158: “En ningún caso es viable la analogía como procedimiento discrecional de corporaciones, órganos o funcionarios administrativos, para la adopción permanente de preceptos jurídicos, en órbita territorial o respecto de materias no previstas expresamente por el sistema normativo que se pretende acoger.”

<sup>37</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 3 de noviembre de 2007, exp. 2000-0718.

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 18 de noviembre de 2007, exp. 2006-02007. Igualmente del Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia del 22 de septiembre de 2004, exp. 2002-0117.

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 16 de febrero de 2012, exp. 2009-00103.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 22 de enero de 1998, exp. 1998-120 AC. Igualmente, de la Sección Quinta Sentencia del 28 de noviembre de 1995, exp. 1995-1471.

<sup>41</sup> “En tratándose de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones no es dable aplicar la ley que las establece por analogía, esto es, a eventos no previstos en ella, pero si es procedente interpretar la ley correspondiente, para determinar su contenido. Dicho en otras palabras, una norma que establece prohibiciones o limitaciones puede ser interpretada para su aplicación, pero no puede ser aplicada analógicamente.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, exp. 1993-1895.) Ver también Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 23 de septiembre de 2007, exp. 2003-00126: “A ello cabe agregar que (...) la responsabilidad de las personas igualmente debe tener origen en la ley según el artículo 6° de la Constitución Política, a cuyo tenor ‘Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por

Por lo demás, si la analogía se aplica dentro del marco del principio de legalidad y con respeto del debido proceso y los derechos fundamentales de los ciudadanos, es una herramienta válida para solucionar también problemas jurídicos en el ámbito del derecho administrativo. Debe recordarse, como se señaló en la Sentencia C-083 de 1995, que en la analogía no hay apartamiento o separación de la ley sino precisamente lo contrario, es decir, reafirmación de que una determinada situación será regida por una norma legal que regula una hipótesis que en esencia responde a la misma razón jurídica de aquella que se debe atender. Así, en el razonamiento por analogía el operador jurídico, que en el caso analizado serían las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales, *“no hace, pues, otra cosa que decidir que en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley”*<sup>42</sup>.

Sobre este último aspecto la Corte Constitucional reiteró recientemente que cuando se recurre a la *analogía legis* o a la *analogía iuris* para resolver una determinada cuestión de derecho<sup>43</sup>, *“en realidad [se] aplica la “ley”, pues “las soluciones que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y las reglas generales del derecho que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la ley”*<sup>44</sup>. De este modo, se ha aclarado que la analogía no es una fuente subsidiaria del derecho -como la doctrina constitucional o los principios generales del derecho que también se mencionan en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887 y se aplican en ausencia de referentes normativos- sino que queda comprendida en el mandato superior de sujeción a la “Constitución y la ley” (artículo 230 C.P.)<sup>45</sup>.

En consecuencia, cuando la competencia administrativa existe y de lo que se trata es de establecer el procedimiento para su aplicación, como sucede en el caso que se revisa, la analogía puede ser utilizada para asegurar el cumplimiento de la función asignada, más aun cuando esta tiene rango constitucional. De hecho el propio legislador ha previsto que las autoridades administrativas no puedan invocar la falta de un procedimiento administrativo para eludir el ejercicio de sus competencias, pues para ese efecto ha establecido uno general (marco) aplicable en ausencia de una norma especial (artículos 2° y 34 CPACA). Por tanto, bien sea

---

infringir la Constitución y las leyes’, de allí que sea reiterativa y uniforme la jurisprudencia sobre la improcedencia de establecer responsabilidad a las personas por analogía o por extensión.”

<sup>42</sup> Sentencia C-083 de 1995: “(...) la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación”.

<sup>43</sup> “Cuando el juez razona por analogía, aplica la ley a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como ‘*analogía legis*’, y se la contrasta con la ‘*analogía iuris*’ en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.” (Sentencia C-083 de 1995)

<sup>44</sup> Sentencia C-284 de 2015.

<sup>45</sup> *Ibidem*.

por virtud de la aplicación analógica de una ley similar o de la aplicación supletiva del CPACA, siempre será posible solucionar vacíos en las normas de procedimiento aplicables para el ejercicio de una determinada función administrativa, pues debe recordarse que las autoridades publicas también son responsables por omisión en el cumplimiento de sus funciones (artículo 6º C.P.).

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

Así las cosas y como quiera que según lo analizado anteriormente la convocatoria publica de los artículos 126 y 272 de la Constitución Política responde en esencia a los mismos principios y finalidades de los concursos públicos de méritos, la Sala encuentra perfectamente viable que mientras el Congreso de la República regula de manera específica la materia, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales cumplan la función constitucional de elegir contralores territoriales mediante la aplicación analógica de las normas que regulan los concursos, con la salvedad, como se dijo, de que no habría orden de prelación en la lista de elegibles. Lo contrario -no aplicar la reforma constitucional o dar completa liberalidad a los órganos electores para adelantar las convocatorias públicas dirigidas a seleccionar los candidatos a contralor- iría en contra del carácter vinculante de la Constitución y del efecto útil de la norma, además de que desconocería, precisamente, el principio de legalidad.

Por tanto, frente al interrogante planteado por el organismo consultante, la Sala considera que en la elección de contralores territoriales a cargo de las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales puede aplicarse por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014, sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, que regulan una situación semejante a la que debe resolverse ahora: elección de un funcionario de control territorial por parte de una corporación pública local. En esa normatividad se aplican los principios que exigen los artículos 126 y 267 de la Constitución Política (solo habría que agregar en las convocatorias un criterio de equidad de género), por lo que se cumplirían a cabalidad los presupuestos necesarios para el uso de la analogía: (i) ausencia de ley aplicable; (ii) existencia de una ley que regula un asunto semejante; y (iii) identidad de razón jurídica.

Debe advertirse además que el acto de apertura de la convocatoria será obligatorio (por asimilación al que abre los concursos públicos de méritos<sup>46</sup>) y que durante todo el procedimiento de selección se deberá dar cumplimiento también a

---

<sup>46</sup> Sentencias SU-446 de 2011 y SU-913 de 2009.

los principios que rigen el ejercicio de las funciones administrativas (artículo 209 C.P.) y los procedimientos administrativos en general (artículo 3 CPACA).

**5. Consideración final: exhorto al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que se tramite la ley que desarrolle el artículo 126 de la Constitución Política.**

Sin perjuicio de lo señalado a lo largo de este Concepto sobre la posibilidad de acudir a la analogía para que las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales puedan cumplir la función constitucional que les ha sido asignada en relación con la elección de contralores territoriales, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado exhorta al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que si aún no se hubiere hecho, tramiten en el más corto plazo posible y a más tardar en la próxima legislatura, el proyecto de ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública que se establece en los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política.

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

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

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

Con base en lo anterior,

**(III) La Sala RESPONDE:**

1. *¿Teniendo en cuenta que no se ha expedido la ley correspondiente, que regule la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales, distritales y municipales, se puede aplicar por analogía, mientras se tramita y expide esa ley, el procedimiento previsto en la Ley 1551 de 2012, "por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", y en el Decreto Reglamentario No.2485 de 2014, "por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público y abierto de méritos para la elección de personeros municipales" -hoy compilado en el Decreto único Reglamentario No.1083 de 2015-; con fundamento en el principio de aplicación inmediata de las normas constitucionales?"*

Sí. Para la elección de contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales se puede aplicar por analogía, mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados. El acto de apertura de la convocatoria pública será vinculante para las entidades y en el deberán identificarse con claridad las etapas del procedimiento y la forma de aplicar los criterios de selección.

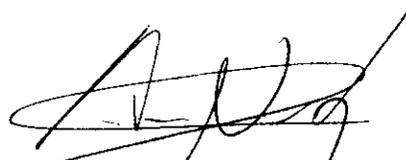
Además, las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales deberán asegurar el cumplimiento de los principios de publicidad, transparencia, objetividad, participación ciudadana, equidad de género y mérito, señalados en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, así como de los que rigen el ejercicio de las funciones administrativas (artículo 207 C.P.) y los procedimientos administrativos en general (artículo 3 CPACA).

En todo caso se exhorta al Congreso de la República y al Gobierno Nacional para que si aún no se hubiere hecho, se tramite en el más corto plazo posible y a más tardar en la próxima legislatura, el proyecto de ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública que se establece en los artículos 126, 178A, 231, 257, 267 y 272 de la Constitución Política.

2. *¿De no considerarse viable la propuesta anterior, cuál sería el mecanismo jurídico que debería aplicarse para atender la situación planteada?*

Por la respuesta dada a la pregunta anterior no hay lugar a pronunciarse frente a este interrogante.

Remítase al Ministerio del Interior y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.



ÁLVARO NAMÉN VARGAS  
Presidente de la Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR  
Consejero de Estado



WILLIAM ZAMBRANO CETINA  
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO  
Secretaria de la Sala

11/11/2015

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO 42451 DE FECHA 11 DE NOVIEMBRE DE 2015 - MINISTERIO DEL INTERIOR