

Ibagué, 12 de Junio de 2018.

Doctor

JUAN PABLO ESPINOSA RODRIGUEZ

Aspirante Convocatoria Contralor Municipal de Ibagué

Ciudad

**REF. RESPUESTA A SU RECLAMACION CON RADICACION No. 2018-10-695
DEL 05 DE JUNIO DE 2018.**

Respetado Doctor

Por medio del presente, la Mesa Directiva de la Corporación Publica Concejo Municipal de Ibagué dando cumplimiento a la etapa No. 06 del cronograma adoptado mediante Resolución Mesa Directiva No. 298 de 2018 artículo 27, procede a dar respuesta a la reclamación realizada por usted en los siguientes términos:

ARGUMENTOS DE LA RECLAMACION

Manifiesta el aspirante que dentro de los documentos exigidos en la citada resolución aportó la hoja de vida de la función pública debidamente diligenciada y suscrita, pero por error involuntario omitió hacer la manifestación que se encuentra junto a la firma dentro del mencionado formato, motivo por el cual allega nuevamente la hoja de vida con el campo debidamente diligenciado.

RESPUESTA A LA RECLAMACION

La Corte Constitucional en Sentencia T-1266 de 2011 ha establecido Test constitucional, para la verificación de la legalidad de determinaciones adoptadas en la ejecución de procesos de selección.

Aclarado lo anterior, la Mesa Directiva del Concejo de Ibagué encuentra pertinente aplicar al caso concreto el test establecido por la jurisprudencia constitucional, útil para verificar objetivamente las restricciones derivadas del establecimiento de requisitos genéricos aplicados a concursos de méritos, así como de las determinaciones adoptadas en cualquier convocatoria pública.

Dicho test consta de tres aspectos a verificar, prima facie, a fin de establecer la legalidad de una determinada medida en el marco de un proceso de selección:

- (i) El conocimiento previo por parte de los participantes de los requisitos establecidos en el concurso;
- (ii) la aplicación indiscriminada de las reglas que regulen el proceso de selección;
- y,
- (iii) que la decisión que se adopte obedezca a un examen objetivo del cumplimiento de las reglas concursales.

Para el caso concreto, los aspirantes a la convocatoria pública para la elección del Contralor Municipal de Ibagué por el resto del actual periodo según la Constitución y la Ley tenían conocimiento previo de los requisitos establecidos en la convocatoria adoptada mediante Resolución No. 298 de 2018 publicada en la página web y carteleras de la entidad el día 08 de Mayo de 2018.

Las reglas establecidas en la norma que regula la convocatoria pública que nos ocupa se aplicaron de manera indiscriminada a todos los aspirantes que se inscribieron en los términos previstos en la Resolución No. 298 de 2018.

Y por último, la decisión de no admitir a los aspirantes obedeció a un examen objetivo del cumplimiento de las reglas de la convocatoria.

Así las cosas, la decisión de la Mesa Directiva del Concejo de Ibagué de no admitirlo como aspirante supera en test de constitucional invocado en este escrito.

Ahora bien, la Sección Quinta del Consejo de Estado, con Ponencia de la Honorable Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en auto del 27 de Octubre de 2016, en el que resuelve recurso de apelación dentro del expediente No. 73001-23-33-000-2016-00261-01 señaló lo siguiente sobre las facultades regulatorias de las corporaciones nominadoras ante la ausencia de ley que desarrolle el mecanismo de convocatoria pública consagrado en el artículo 126 de la Constitución Política

El artículo 126 de la Constitución, modificado por el artículo 2º del acto legislativo No. 2 de 2015, prescribe:

*“Salvo los concursos regulados por 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” (negritas propias).

Para esta Sección, la convocatoria pública que allí se consagra “... es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación”¹.

Tales exigencias “... se erigen como un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia...”².

Por otro lado, es claro que la norma constitucional establece que debe haber tales convocatorias deben sujetarse a una ley. No obstante, por lo reciente de la reforma constitucional que introdujo dicha figura, aquella no ha sido expedida.

Cabe preguntarse, entonces, si el vacío legal constituye un óbice para acudir a lo que consagra la norma constitucional. La respuesta a este interrogante, claramente, debe ser negativa, pues en ella existen evidentes contenidos que no pueden ser desatendidos, principalmente, por el carácter normativo que tiene la Carta Política.

Bajo ese mismo marco, esta Sección, en providencia de 31 de marzo de 2016³, refiriéndose al vacío normativo existente para la convocatoria pública mediante la cual debía designarse el Contralor de Santander, destacó:

“Advierte la Sala que el mandato contenido en el artículo 272 de la Carta no ha sido objeto de desarrollo legislativo, lo cual implica que no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores.

No obstante, estima la Sala que este vacío normativo en el cual insistió el actor no permite concluir, en esta etapa inicial del proceso, que el trámite adelantado por la Asamblea de Santander para la elección del

¹ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00, demandado: SECRETARIO DE LA COMISION SEXTA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL SENADO DE LA REPÚBLICA.

² *Ibidem*.

³ C. P. Carlos Enrique Moreno Rubio, rad. 68001-23-33-000-2016-00149-01, demandado: DIEGO FRAN ARIZA PÉREZ - CONTRALOR DE SANTANDER.

contralor departamental haya sido irregular, ni que la convocatoria pública hecha para tales efectos sea ilegal en sí misma.

En principio, considera la Sala que no puede decirse que la Asamblea haya sustituido al legislador pues lo que hizo fue abrir la convocatoria, en virtud del principio general contenido en el artículo 272 de la Constitución, para sustentar el procedimiento que culminó con la elección del contralor. El hecho de no haber actuado así hubiese implicado el incumplimiento de la obligación que tiene de elegir al funcionario.”

Siguiendo con ese hilo argumental, en sentencia de 21 de julio de 2016⁴, se refirió de forma concreta al vacío legal que existe frente a lo consagrado en el artículo 126 Superior. En aquella oportunidad se dijo:

*“La Sala considera que en desarrollo del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, hasta tanto el Legislador no regule los procedimientos de las convocatorias públicas para la elección de servidores públicos atribuida a las corporaciones públicas, como la elección de los Directores Generales de las CAR, **dichas corporaciones deben adoptar procedimientos que permitan garantizar los principios constitucionales consagrados en dicha norma”***

De lo anterior emerge, con total transparencia, que, para esta Sección, por un lado, la falta de una ley que regule la convocatoria pública no constituye un obstáculo insalvable para que los operadores jurídicos la lleven a cabo, pues hasta que el legislador llene tal vacío las corporaciones nominadoras cuentan con la autonomía suficiente para determinar sus parámetros en cada caso.

*Y por otro lado, también se infiere que dicha autonomía no puede desconocer, entre otros, los principios consagrados en el mismo artículo 126 de la Constitución, es decir, “publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y **criterios de mérito**” para la selección del servidor de que se trate.*

En otras palabras, es la ley la que debe determinar la forma en la que ha de realizarse la convocatoria de que trata el referido artículo constitucional. Sin embargo, a falta de esta, la corporación nominadora cuenta con un margen

⁴ C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2015-00032-00, demandado: JORGE ENRIQUE CARDOSO RODRÍGUEZ – DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA.

de autonomía que, en todo caso, está limitado por los principios enunciados en el párrafo anterior.

Ello se explica, como se dijo, en el carácter normativo del Texto Político, pero también en la necesidad de que la designación de servidores que se realiza en el seno de las corporaciones públicas refleje el sentir del Constituyente, plasmado en cada una de las discusiones del trámite reformativo que concluyó con el Acto Legislativo 02 de 2015, encaminadas, en parte, a lograr que las elecciones atribuidas a tales órganos "... garantizaran la participación ciudadana y el acceso al servicio público de las personas más capacitadas y transparentes..."⁵, como, en su momento, bien lo expuso la Sala de Consulta y Servicio Civil de Esta Corporación, en concepto al que más adelante la Sala se referirá con mayor detalle.

Estas características permiten diferenciar el mecanismo en cuestión, de otras formas de selección e ingreso al empleo público, como lo son los concursos de mérito o los avisos de invitación. En el primero, se debe proveer el cargo con la persona que ocupó el primer lugar en el trámite de acuerdo con un trámite reglado en el que se deben superar una serie de etapas eliminatorias y clasificatorias; y en el segundo, se informa a la comunidad en general la intención que tiene el nominador de designar a un servidor para un determinado empleo, a efectos de que estos puedan manifestar la intención de que su hoja de vida sea considerada para tal propósito.

Se podría decir entonces que la convocatoria pública, como está consagrada en el artículo 126 Superior, es un nivel intermedio entre ese tipo de procedimientos en los que no necesariamente se debe designar a quien ocupe el primer lugar en una lista de elegibles –como sí ocurre en los concursos de mérito–, pero que, en todo caso, sí requiere de la fijación de unos procedimientos y requisitos mínimamente reglados –lo cual se evidencia en menor medida en los avisos de invitación– que consulten criterios de mérito.

La Resolución No 298 de 2018 norma que regula la convocatoria pública para la elección del Contralor Municipal de Ibagué para el resto del actual periodo según la Constitución y la Ley cumple con los requisitos y procedimientos de que trata el precedente judicial del Consejo de Estado invocado en este escrito.

⁵ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. Álvaro Namén Vargas, concepto de 10 de noviembre de 2015, rad. 11001-03-06-000-2015-00182-00, actor: MINISTERIO DEL INTERIOR.

EL CASO CONCRETO

El aspirante solicita que se le permita continuar con la convocatoria y rectifica el formato de la hoja de vida de la función pública manifestando bajo la gravedad de juramento que no se encuentra dentro de las causales de inhabilidad e incompatibilidad del orden constitucional o legal, para ejercer cargos empleos públicos.

Para resolver la observación elevada por el aspirante, la Mesa Directiva se ocupará sobre el desarrollo y aplicación del principio de proporcionalidad en las actuaciones administrativas.

El Consejo de Estado, Sección Segunda, en Sentencia del 6 de Julio de 2015 con ponencia de la Honorable Consejera de Estado Sandra Lisset Ibarra Vélez dentro del expediente No. 1100103255000201301524003914-2013 señaló lo siguiente:

El principio de proporcionalidad es uno de los que más arraigo y tradición tiene en la administración pública. Demostrativo de ello, es la consagración especial de dicho principio en el artículo 36 del derogado Decreto 01 de 1984, artículo que fue reproducido de manera íntegra por el 44 de la Ley 1437 de 2011, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 44. Decisiones discrecionales. En la medida en que el contenido de una decisión de carácter general o particular sea discrecional, debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza, y proporcional a los hechos que le sirven de causa.”.
(Destaca la Sala).

Ahora bien, como lo señaló esta Corporación en fallo de 5 de junio de 2008, expediente 8431, este “ha sido uno de los principios que mayor relevancia ha adquirido (...) como herramienta y parámetro de control de la actividad de la Administración, toda vez que en la adopción de sus diversas decisiones, el órgano administrativo que debe elegir una entre varias medidas

(...) para la prosecución del fin de interés general que le encomienda la norma que le atribuye la correspondiente facultad, no podrá decantarse, inopinadamente, por cualquiera de las opciones planteadas, sino únicamente por una que resulte proporcionada.”. En la referida providencia, en torno a la proporcionalidad como límite a la actividad administrativa y como parámetro de control de la administración pública, basado en un análisis de la relación que debe existir entre la decisión o actividad

enjuiciada y los propósitos a los cuales aquélla o ésta debían apuntar, se dijo:

“Cualquier definición del principio o (...) de la regla general de proporcionalidad (...) debe poner de presente la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen (...). Los elementos sobre los cuales descansa el principio son (...) el presupuesto de hecho, los medios y el fin del acto, (...) se refiere a la relación de adecuación entre medios y fines, entre medida adoptada y objetivos perseguidos, claro está, partiendo de una correcta constatación de la existencia y una apropiada calificación jurídica de la realidad fáctica sobre la que quiere operarse.

... el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada.

(...) simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego.

... un análisis más detenido del principio (...) conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios (...): el subprincipio (...) de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio (...) de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativa que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio (...) de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse

un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohija.

(...)para superar el primer examen planteado por el subprincipio (...) de adecuación (...), la medida debe (...) facilitar o tender a la obtención del propósito buscado, mientras que a fin de salvar el segundo propuesto por el subprincipio (...) de necesidad (...), no se trata ya de valorar la idoneidad del medio elegido para alcanzar el fin de interés público propuesto, sino que lo imprescindible es que no exista otra medida más moderada al efecto.

... el tercer subprincipio (...) de proporcionalidad stricto sensu (...) exige el examen del contenido y efectos de la medida o decisión sometida a análisis, aisladamente considerada (...). Ello por cuanto de lo que se trata es de examinar si el detrimento que la misma produce a los derechos o intereses que afecta, guarda una relación razonable o proporcionada con la realización o satisfacción del fin de interés público al cual sirve, por manera que si el resultado de dicho examen evidencia que el sacrificio de los primeros resulta excesivo o que la satisfacción del principio que prevalece comporta el sacrificio de principios constitucionalmente más importantes, la medida, actividad o decisión cuestionada debe estimarse jurídicamente inadmisibles, aún a pesar de que se haya concluido ya que se trata de una alternativa adecuada o idónea y que es la menos lesiva, pues los daños irrogados a los bienes o valores públicos o privados que se harían retroceder, en el caso concreto, devendrían en desproporcionados si se les compara con los beneficios derivados de la consecución del fin.

El subprincipio de proporcionalidad strictu sensu (...) impone (...) que los costos y los beneficios que se deriven de la adopción de la decisión guarden un equilibrio razonable y para establecer si ello es así (...) la doctrina como la jurisprudencia han estructurado el (...) juicio de ponderación, cuyo propósito (...) es (...) establecer si la decisión o actividad que se somete a dicho tamiz respeta, o no, la denominada ley de la ponderación, de conformidad con la cual cuanto mayor sea el grado de detrimento del principio, derecho o interés jurídico que retrocede en el caso concreto, mayor ha de ser la importancia de la satisfacción de aquel principio, derecho o interés que se hace prevalecer.

... es de interés traer a colación el desarrollo que la jurisprudencia constitucional ha llevado a cabo respecto del test de razonabilidad que se practica con ocasión de la aplicación del principio de igualdad, toda vez que buena parte de los planteamientos efectuados por el Juez de la Constitución en esta materia, con el propósito de fiscalizar la actividad del legislador, (...) podrían (...) resultar trasladables, mutatis mutandi, por parte del juez de lo contencioso

administrativo al ámbito de la labor de fiscalización que éste despliega en relación con la actividad y las decisiones administrativas y más concretamente cuando las mismas se desarrollan(...) contando con amplias facultades para la configuración (...).

En el modelo de test (...) propuesto por la Corte el cual combina y desarrolla 2 tendencias acerca del test de igualdad: una que tiene como base la jurisprudencia alemana sobre el principio de proporcionalidad y otra que se basa en la jurisprudencia norteamericana sobre el test de igualdad, el principio de proporcionalidad aparece como el eje de un mecanismo que se aplica, en cada caso concreto, con una intensidad diferente, dependiendo de la materia de la que se trate y de la índole de los derechos que resulten afectados por los tratos diferenciadores establecidos por la autoridad pública, test cuyo propósito es el de dilucidar si la justificación esgrimida (...) resulta, o no, razonable.

... la intensidad de dicho test (...) dependerá de cuál es el margen de libertad de configuración que la Constitución atribuye al legislativo, por manera que cuando dicho margen es amplio, el control judicial, para respetar los principios democrático y de separación de poderes, debe (...) limitarse a excluir del ordenamiento las soluciones (...) irrazonables. Algo similar podría sostenerse respecto de la intensidad del control judicial de la actividad administrativa basado en la aplicación del principio de razonabilidad, integrado en el juicio de igualdad: cuando el margen de valoración de las circunstancias del caso concreto que el ordenamiento atribuye a la Administración es amplio (...), el principio la intensidad de la fiscalización (...) no debería ir más allá de la eliminación de los criterios diferenciadores o de las soluciones manifiestamente irrazonables.”.

El principio de proporcionalidad, entonces, “cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.”.

Conforme lo anterior, se acepta la observación del aspirante y se admite a la presente convocatoria, habida cuenta que dentro del periodo de observaciones manifestó bajo la gravedad de juramento no encontrarse dentro de las causales de

Conforme a lo anterior, se admite al aspirante para continuar con las siguientes etapas de la convocatoria previstas en el Artículo 8 de la Resolución No. 298 de 2018.

De conformidad con el Artículo 27 de la Resolución No. 298 de 2018 contra las respuestas de las reclamaciones no procede ningún recurso.

Respetuosamente;



FLAVIO WILLIAM ROSAS JURADO

Presidente

(No firma según autorización plenaria del 09 de abril de 2018)

PEDRO ANTONIO MORA

Primer Vicepresidente



CAMILO DELGADO HERRERA

Segundo Vicepresidente