

Bogotá D.C. 16 de febrero de 2016

Honorables Concejales

ROBERTO HINESTROSA REY - Presidente

ALVARO JOSÉ ARGOTE MUÑOZ - Primer Vicepresidente

DAVID BALLEEN HERNANDEZ- Segundo Vicepresidente

Mesa Directiva Concejo de Bogotá

Ciudad.

Ref: Reglamentación Convocatoria Pública-
Contralor de Bogotá – Resolución 0222 del 12
de febrero de 2016.

Respetados Colegas.

El pasado 2 de febrero radiqué ante la mesa directiva una constancia a través de la cual anuncié mi actitud vigilante sobre el proceso de reglamentación para la elección de servidores públicos a cargo de la Corporación (*Contralor – Personero – Secretarios*), dada la trascendencia que para la ciudad y la corporación tienen cada una de las elecciones señaladas, las cuales además de cumplir con los aspectos formales deben servir de manera real para seleccionar, dentro de un amplio abanico de candidatos, a los más idóneos y capaces para desempeñar con lujo de competencias los correspondientes cargos.

En este sentido, una vez conocido el contenido íntegro de la Resolución 0222 del 12 de febrero de 2016 *“Por la cual se establece el procedimiento de convocatoria pública para proveer el cargo de Contralor (a) del Distrito Capital”*, debo manifestar las siguientes preocupaciones, por cuanto de una lectura serena de su texto, en mi sentir, dicho acto administrativo incurre en dos grandes falencias que de no enmendarse de manera inmediata pueden, a futuro, generar innecesarias dilaciones del proceso, pues cualquier ciudadano podría interpretar que se están vulnerando derechos fundamentales o principios constitucionales, circunstancia que les habilita impugnar el mencionado acto administrativo, en cualquier etapa, a través de las distintas acciones de carácter constitucional y legal existentes, llegando incluso al extremo de proponer su eventual nulidad,

1

con lo cual el Concejo se vería en la obligación de volver a repetir todo lo actuado.

Estas dos fallas pueden sintetizarse así; primero, la omisión de incluir criterios de méritos en el proceso de convocatoria pública, con lo cual de paso se violarían los principios constitucionales de transparencia y publicidad y, segundo, la extralimitación de competencias y funciones, al incluir requisitos más allá de los señalados por la constitución y la ley y fijar términos por fuera de ella.

OMISIÓN DE INCLUIR CRITERIOS DE MÉRITOS.

La Resolución 0222 del 12 de febrero de 2016 deja de lado incluir criterios de méritos en el proceso de convocatoria pública para elegir Contralor de Bogotá, pese a que; tanto la reforma constitucional -Acto Legislativo 02 de 2015-, como los conceptos de la Sala de Consulta del Consejo de Estado - del 10 y 19 de noviembre de 2015- y la reforma al reglamento del Concejo - Acuerdo 635 de 2016- así lo exigieron de manera expresa.

2

La citada Resolución 0222, se limita en el inciso final del artículo tercero a señalar que “Durante el proceso se aplicarán los principios establecidos en el Acto Legislativo 02 de 2015, donde se tendrán en cuenta el mayor nivel de estudios, grado de experiencia, el plan estratégico cuatrienal para el desarrollo de las funciones; calidades que no generarán puntaje, pero sí permitirán establecer una lista de elegibles”, enunciado que claramente vacía de contenido material y objetivo el criterio de mérito, y que marcha en contravía de lo expresado jurisprudencialmente por las altas cortes, pues como bien lo decidió recientemente el Consejo de Estado al suspender el proceso de Convocatoria Pública para la conformación del Consejo de Gobierno Judicial:

“...la estructura de la respectiva convocatoria pública no puede prescindir de ninguno de los elementos reglados que se orientan con los principios antes descritos, pues su carácter reglado impone la existencia de unos criterios objetivos e inmutables –al menos bajo su curso–, que permitan conocer, de antemano, no sólo los perfiles de los aspirantes, sino a todos los asociados los parámetros y las condiciones en que pueden resultar electos tales funcionarios, para de esa forma habilitar, en términos sustantivos, las herramientas cognoscitivas que permitan a cualquiera persona –inmersa o no en la convocatoria– hacer valer tales reglas democráticas frente a la calificación atribuida a los aspirantes, al período en el que ejercerán el cargo o cualquier otra que garantice la materialización de las reglas y principios citados (...)

Aunque en la convocatoria se mencionan, dichos principios constitucionales no se materializaron, puesto que observa esta Sala de decisión no se establecieron reglas claras que implicaran objetividad en la convocatoria sobre el proceso de preselección y selección, ni pautas específicas para asignación de puntajes, que permitieran previamente a la ciudadanía

y a los propios aspirantes conocer los parámetros de pre selección o los factores que incidirían al momento de calificar y elegir a los miembros de dedicación exclusiva.

En los Acuerdos No. 006 y 008 de 3 y 6 de noviembre de 2015, respectivamente, se preseleccionaron 24 aspirantes para ocupar los tres cargos, pero no existe fundamento o razón de dicha preselección ni obra en los actos administrativos publicados siquiera indicio de cómo se llevaría a cabo, ni cómo serían calificados o descalificados los aspirantes ni asignados puntajes para ser elegidos miembros permanentes de dedicación exclusiva, convirtiendo un acto reglado en uno meramente discrecional que trastoca los principios axiológicos inherentes a la convocatoria misma...¹. (subrayado fuera de texto).

La Mesa Directiva del cabildo distrital debe considerar que en los procesos de elección de servidores públicos el criterio de mérito no es exclusivo del concurso público, diseñado para el acceso a cargos de carrera, ni una alternativa u opción aplicable según la voluntad del nominador, sino una regla de obligatoria aplicación, incluso para los procesos que se adelanten mediante convocatoria pública, la cual si bien es cierto difiere frente al concurso público en sus efectos, en los demás aspectos guarda una perfecta similitud y armonía, como lo dejó establecido el Consejo de Estado, al señalar, que:

*“... 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 competencia, 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 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*

3

¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Consejera Ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicado 11001-03-28-000-2015-00048-00 - 15 de Diciembre de 2015

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. 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.² (subrayado y negrilla fuera de texto).

En consecuencia es menester proceder de manera inmediata a realizar los ajustes integrales a la Resolución 0222 de 2016, para que se incluyan de manera diáfana los diferentes criterios de mérito que sirvan de reglas claras que permitan a la ciudadanía y a los aspirantes conocer de manera previa los mecanismos objetivos de pre-selección y selección, a efectos de salvaguardar los principios constitucionales de transparencia y publicidad aplicables.

Debe ser claro que la Convocatoria Pública prevista para el proceso de selección del nuevo Contralor de Bogotá debe incluir imperiosamente criterios de mérito, los cuales no son ajenos al propósito perseguido, pues como lo ha reiterado la Corte Constitucional

4

“...el mérito es el criterio que, como regla general, debe presidir el nombramiento o designación de quienes van a desempeñar la función pública” y, por lo tanto, cualquiera sea el método de selección que se utilice, en la decisión acerca del llamado a ocupar un cargo público se impone el reconocimiento de las calidades demostradas en el respectivo proceso (...)

los procesos de selección entre varios aspirantes son de variada índole, no obstante lo cual las distintas vías conducentes a escoger a quienes han de acceder al desempeño de cargos públicos tienen un común denominador, cual es el propósito de asegurar que finalmente resulte seleccionado el candidato que, en concurrencia con los demás y habiéndose sometido al mismo proceso de selección, haya demostrado poseer las mejores condiciones, atendidos los requerimientos del cargo al que se aspire (...)

Ahora bien, el mérito que se requiere para entrar a ejercer la función pública no corresponde al surgido del reconocimiento o de la estima que el conglomerado social suele discernir a quien ha realizado acciones merecedoras de encomio, ni al actuar loable generador de un justo premio o recompensa, sino a las condiciones subjetivas o de formación configuradoras del perfil que el candidato ha de tener para ejercer las competencias o cumplir las labores o actividades propias del empleo que se va a proveer, razón por la cual debe apreciarse en concreto, vale decir en relación con el cargo específico al que se aspira y con las necesidades del servicio que se deban atender mediante su ejercicio (...)

El proceso de selección se orienta a la “determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias del cargo” y no podría ser de otra manera, pues debiendo conducir la actividad de la administración a “resultados concretos”, la eficiencia y la eficacia del servicio público “dependerán de la idoneidad de quienes deben prestarlo”, de tal forma que en ausencia del mérito difícil será que la función administrativa pueda estar al servicio de los intereses generales o cumplirse

² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. M.P. Álvaro Namén Vargas. Concepto 10 de noviembre de 2015. Radicado 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.

con base en los principios de imparcialidad, publicidad, economía o igualdad.³ (subrayado y negrilla fuera de texto).

EXTRALIMITACIÓN DE COMPETENCIAS Y FUNCIONES.

Adicionalmente a lo anteriormente referido, la Resolución 0222 de 2016 también excede en su reglamentación las competencias fijadas por la constitución y la ley en materia de fijar inhabilidades, incompatibilidades y/o prohibiciones para participar en el proceso de Convocatoria Pública o establecer requisitos y términos dentro del proceso administrativo en curso.

Dos claros ejemplos demuestran esta situación, que debe ser corregida de inmediato. El primero de ellos referido a los literales O y Q del numeral tercero del artículo sexto sobre el procedimiento, por cuanto exigir dichas certificaciones para poderse inscribir vulnera garantías fundamentales al cercenar sin justificación legal el derecho fundamental a la participación política consagrado en el artículo 40 de la carta de 1991.

El segundo, referido a los plazos fijados en la citada Resolución 0222 de 2016 para tramitar las posibles reclamaciones por parte de los afectados, en tanto siendo este un acto administrativo general se rige en todo por la Ley 1437 de 2011 “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, el cual prevé unos términos mayores para tramitar los recursos de reposición y apelación si fuere el caso.

Por lo anterior, comedidamente le solcito a la Mesa Directiva de la Corporación, efectuar los ajustes referidos en aras de blindar el proceso y garantizar plenamente la vigencia y aplicación real de los principios constitucionales y legales referidos a lo largo del presente escrito, por el bien de la ciudad y de sus instituciones.

MARIA VICTORIA VARGAS SILVA
Concejal de Bogotá.

³ Corte Constitucional. Sentencia C-123/13. Sentencia T-569/11. Sentencia T-502/10. Sentencia C-618/15. Sentencia C-181/10. Sentencia C-577/06