

Señores

Tribunal Superior de Barranquilla.

E.

S.

D.

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: JAVIER ENRIQUE MUNERA OVIEDO

Accionado: PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y UNIVERSIDAD DE PAMPLONA

JAVIER ENRIQUE MUNERA OVIEDO, mayor, identificado con cédula de ciudadanía No. 8.672.406, expedida en Barranquilla, ante usted respetuosamente acudo para promover en nombre propio, ACCION DE TUTELA, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto Reglamentario 2591 de 1991, con el objeto de que se amparen los derechos constitucionales fundamentales que considero amenazados y vulnerados por la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, lo anterior teniendo con fundamento en lo siguiente:

Legitimación en la Causa

Me encuentro legitimado para impetrar la presente acción Constitucional, a efectos de que se ampare mis derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO, ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, AL TRABAJO, A LA IGUALDAD, así como a los principios de CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE, ORDEN JUSTO y SEGURIDAD JURIDICA, por cuanto me inscribí y participe en el concurso de méritos que convocó la Procuraduría General de La Nación, para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, en las Convocatorias 006-2015 y en la actualidad no existe ningún mecanismo judicial idóneo para evitar el perjuicio que se nos causa con la publicación del acto administrativo contentivo de la lista de elegibles, anunciado por el Señor Procurador General De La Nación para los primeros días del mes de julio 2016, tal como consta en la circular o comunicado público de fecha de junio de 2016 emitido por el Señor Jefe Del Ministerio Publico.

Procedencia de la Acción de Tutela:

La Honorable Corte Constitucional, ha considerado que la acción de tutela en materia de concursos de méritos es procedente en la medida que el medio ordinario de discusión de los actos administrativos en la Jurisdicción Contenciosa Administrativo, no ofrece una protección legítima y eficaz porque es inminente la causación de un daño irreparable al publicarse la lista de elegibles en este concurso público y por ende, no se puede obtener un amparo definitivo oportunamente. Además, el proceso generaría un **perjuicio irremediable** a una enorme cantidad de personas que hemos sido víctimas de un voluminoso conjunto de actuaciones irregulares por ser marcadamente ilegales, provenientes de la Procuraduría General De La Nación, en vía de hecho, tales como, la calificación aplicada a la prueba de conocimiento que perjudicaría las condiciones del concurso. En virtud de lo anterior, se considera procedente la presente Acción, por lo expresado, entre otras, en las providencias T-575 de 1997, T-994 de 2010, T-383 de 2010, SU-257 de 1999, T-400 de 2008, SU-613 de 2002, SU-086 de 1999. En sentencia T-045 de 2011 la Corte Constitucional indicó¹:

"...la Corte ha indicado que la acción de tutela para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Lo anterior se debe a que dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existe en la jurisdicción contenciosa administrativa. Sin embargo esta corporación también ha señalado que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes señalada: (i) cuando la persona afectada no tiene otro mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional, y (ii) o cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable".

Es el último evento el que nos ocupa en esta Acción Constitucional de Tutela, para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto en concurso de méritos para proveer los cargos de procuradores judiciales I y II se encuentra en desarrollo, por lo que es urgente una medida de protección inmediata, atendiendo que no existe otro medio eficaz diferente a la Acción Constitucional de Tutela para evitar la vulneración de mis derechos.

Procedencia de la Acción de tutela frente a la vía de hecho utilizada por las accionadas para calificar las pruebas de conocimiento.

La Corte Constitucional ha determinado que la acción de tutela es procedente para controvertir los puntajes asignados en las pruebas realizadas en los

¹ Acción de Tutela de primera instancia. Radicado No. 76001233300520160028500. Accionante María Andrea Taleb Quintero. Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. Decisión del 15 de marzo de 2016.

concursos de méritos, en la medida que en dichos procesos son esas instancias las que permiten la clasificación de los concursantes y además que las posibles acciones ordinarias no son eficientes para la solución y protección de los derechos fundamentales por cuanto los cronogramas de los concursos tiene tiempos de definición de listas de elegibles, que conllevan al nombramiento y posesión en el cargo, que harían más gravosa la situación. Por ejemplo, en la Sentencia T-800/11, manifestó:

"Aun cuando para este caso hay otro medio de defensa judicial susceptible de ser ejercido ante la justicia contencioso-administrativa, lo cierto es que no puede asegurarse que sea eficaz, pues la terminación del proceso podría darse cuando ya se haya puesto fin al concurso de méritos, y sea demasiado tarde para reclamar en caso de que el demandante tuviera razón en sus quejas. Ciertamente, el peticionario podría reclamar ante el juez contencioso la suspensión provisional del acto de asignación de puntajes que cuestiona como irregular, pero incluso si se le concediera esta decisión no tendría la virtualidad de restablecer de inmediato los derechos del accionante y, en cambio, podría dejarlo en una situación de indefinición perjudicial en el trámite de las etapas subsiguientes del concurso."

Ahora bien, aunque se tiene que los actos administrativos que se expidan dentro del trámite del concurso de méritos para proveer los cargos de procuradores judiciales I y II, pueden ser demandados ante la jurisdicción contencioso administrativo por los medios de control de nulidad y restablecimiento de derechos, muchas veces estos mecanismos no son suficientemente idóneos, máxime cuando aún las expectativas no se han consolidado, por lo que es procedente la acción constitucional de tutela para este caso, a través de esta acción es posible que se me brinde una solución integral e inmediata que conlleve la cesación de la vulneración deprecada.

PRETENSIONES

Se tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, acceso a cargos públicos y al trabajo, el derecho a la igualdad, y en consecuencia se ORDENE a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION Y A LA UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, a:

1. La privación de todos los efectos de las calificaciones aplicadas a la prueba de conocimientos realizada por mi persona en el marco de la Convocatoria 006-2015, por haberse incurrido **EN UNA VIA DE HECHO**, tan violatoria de la Constitución Política y de mis derechos fundamentales, como de los reglamentos.

2. Se proceda a ordenar la suspensión de la publicación de la lista de elegibles de este concurso de méritos.
3. Dejar sin efectos el concurso público de méritos organizado para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, adscritos a la Procuraduría General De La Nación, en la medida que no se contempló ninguna regla ni metodología para la calificación de la prueba de conocimientos, pues, la Resolución No, 040 de 2015, regla básica del concurso eludió el deber de determinar una metodología e instrumentos para la calificación de éstas pruebas y lo defirió al criterio subjetivo y discrecional del evaluador.

HECHOS Y CONSIDERACIONES QUE DEMUESTRAN LA SUBJETIVA E ILEGAL EVALUACIÓN O CALIFICACION DE LA PRUEBA DE CONOCIMIENTOS APLICADA A LOS CONCURSANTES.

PRIMERO.- La Procuraduría General de la Nación de conformidad con los parámetros establecidos en la Resolución 040 de 2015, convocó a concurso abierto de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, para lo cual contrató a la Universidad de Pamplona y se definió que la prueba de conocimientos se realizaría mediante preguntas cerradas.

SEGUNDO.- La Procuraduría General de la Nación, dentro del referido concurso de méritos determinó la convocatoria 006-2015, para los cargos de procuradores judiciales I y II, dependencias delegadas para el Ministerio Publico en Asuntos de lo Contencioso Administrativo o de la Conciliacion administrativa; en la cual me inscribí correspondiéndome el número 787318.

TERCERO.- Durante los días 8 y 9 de octubre de 2015, los concursantes han presentado reclamaciones a los resultados de las pruebas de conocimiento, solicitudes que fueron radicadas en la página Web de la Procuraduría, igualmente derechos de petición, con la finalidad de acceder a los cuadernillos de preguntas y hojas la correspondiente hoja de respuesta; con el objeto de poder argumentar en forma adecuada las reclamaciones y por consiguiente, nuestro derecho de contradicción.

CUARTO.- La Resolución 040 de 2015, por la cual se ordena la apertura del concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, indica por su artículo décimo segundo que la prueba de conocimientos será evaluada en una escala estándar que oscila entre 0 y 100 puntos, sin embargo,

en este último artículo no quedó establecida la metodología o criterio de evaluación de la prueba de conocimientos, pues, simplemente se prescribió: *"los resultados se obtienen mediante lectora óptica y serán valoradas estadísticamente, **UTILIZANDO METODOS Y HERRAMIENTAS IDONEAS** para obtener la calificación normal estándar de esos instrumentos de selección"*, expresión lingüística que no explica la manera en que será evaluada la prueba de conocimientos, si se tiene en cuenta que dicha redacción guardó silencio sobre el método de evaluación al simplemente enunciar las palabras **"método y herramientas idóneas"**, que equivale a no haber determinado ningún método o herramienta con un particular nombre, dejando en blanco un espacio para aperturar un criterio subjetivo y discrecional del evaluador.

Este en tales condiciones aplicará el método que su propia subjetividad considere idóneo, lo cual es manifiestamente violentador de la ley contenida en el artículo 203 del Decreto 262 de 2000, que exige al Procurador General de la Nación el deber de redactar unas reglas de evaluación claras, completas y oportunas para los fines de garantizar la objetividad, la imparcialidad y las previas reglas del juego, que reza:

"Artículo 203. PRUEBAS O INSTRUMENTOS DE SELECCION. *Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad establecer las aptitudes, habilidades, conocimientos, experiencia y que las condiciones de los aspirantes correspondan con la naturaleza y el perfil de los empleos que deben ser provistos, y permitir la clasificación de dichos aspirantes. La valoración de estos rasgos se hará mediante pruebas escritas, de ejecución, análisis de antecedentes, entrevistas, evaluaciones finales de los cursos efectuados por la entidad y otros medios técnicos que permitan conocer las áreas objeto de evaluación y **QUE RESPONDAN A CRITERIOS DE OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD**, con parámetros de calificación **PREVIAMENTE** definidos por el Procurador General".*

QUINTO.- A su vez, la regla básica del concurso de méritos contenida en la Resolución 040 de 2015, es manifiestamente violentadora del pre-transcrito artículo 203 del Decreto 262 de 2000, en cuanto dispuso en su artículo 12, una regla incompleta, indeterminada, abierta al subjetivismo y a la discrecionalidad del evaluador y por supuesto, groseramente inconstitucional e ilegal, al simplemente señalar **"utilizando métodos y herramientas idóneas"**. Es decir, omitió determinar el método o instrumento concreto que con carácter previo y objetivo debió ser informado a los concursantes, pues, aludir a "un método y herramienta idóneo" equivale a no informar sobre el nombre, identidad y características del respectivo método de evaluación. El calificativo "idóneo" así presentado solo podrá ser dado por el evaluador en un acto subjetivo y por supuesto contrario a lo objetivo y a principios universales que sustentan al

Estado Constitucional y Social De Derecho que caracteriza a la Republica de Colombia.

El citado artículo 12 de la Resolución 040 de 2015, emanada del Señor Procurador General de la Nación, prescribe en lo pertinente a los criterios de evaluación de la prueba de conocimientos, lo siguiente:

"Artículo 12. *Las pruebas o instrumentos de selección. Las pruebas tienen como finalidad evaluar las competencias laborales definidas por la Procuraduría General de la Nación, las aptitudes, habilidades, conocimientos y experiencia para determinar que las condiciones de los concursantes correspondan con la naturaleza y el perfil de los empleos a proveer, de acuerdo con lo previsto en la Constitución Política, la ley y el Manual Específico de Funciones y Requisitos por Competencias Laborales. Así mismo, permiten la clasificación de los participantes para integrar la lista de elegibles. En el concurso se aplicarán las siguientes pruebas, cuyo carácter, calificación y valor porcentual se determina así:*

PRUEBAS	CARÁCTER	CALIFICACIÓN	APROBATORIA	VALOR	PORCENTUAL
CONOCIMIENTOS	Eliminatorio	Esta prueba se supera con 75 puntos sobre 100	55%		
COMPETENCIAS	COMPORTAMENTALES	Clasificadorio	N/A	25%	ANÁLISIS DE ANTECEDENTES
	Clasificadorio	N/A	20%		TOTAL 100%

LAS PRUEBAS DE CONOCIMIENTOS Y COMPETENCIAS COMPORTAMENTALES SERÁN ESCRITAS, APLICADAS EL MISMO DÍA Y EVALUADAS EN UNA ESCALA ESTÁNDAR QUE OSCILA ENTRE CERO (0) Y CIEN (100) PUNTOS. LOS RESULTADOS SE OBTIENEN MEDIANTE LECTORA ÓPTICA Y SERÁN VALORADAS ESTADÍSTICAMENTE, UTILIZANDO MÉTODOS Y HERRAMIENTAS IDÓNEAS PARA OBTENER LA CALIFICACIÓN NORMAL ESTÁNDAR DE ESTOS INSTRUMENTOS DE SELECCIÓN. *La prueba de análisis de antecedentes se calificará entre cero (0) y cien (100) puntos, teniendo en cuenta los documentos adjuntados en el aplicativo web de inscripción al concurso."*

Es necesario advertir que el citado artículo 12, tiene una errónea e ilegítima estructura que apertura a un criterio subjetivo y discrecional del evaluador, pues, señala que la finalidad de las pruebas escritas es obtener una calificación normal estándar, a través de estudios estadísticos, dejando en blanco y absolutamente indeterminado el medio para lograr dicho fin, que resulta ser lo más importante de la regla para que esta sea completa, justa y al tiempo impida que afloren criterios subjetivos. El método o herramienta idóneo es el medio para lograr el fin, y por ello necesariamente debe estar determinado previamente como imperativamente lo exige el artículo 203 del decreto 262 de 2000:

"La valoración de estos rasgos se hará mediante pruebas escritas, de ejecución, análisis de antecedentes, entrevistas, evaluaciones finales de los cursos efectuados por la entidad y otros medios técnicos que permitan conocer las áreas objeto de evaluación

y **QUE RESPONDAN A CRITERIOS DE OBJETIVIDAD E IMPARCIALIDAD**, con parámetros de calificación **PREVIAMENTE** definidos por el Procurador General”.

No deben confundirse los medios y los fines. El artículo 12, identifica como fines de esas pruebas y de su evaluación, la obtención de una calificación normal estándar, lo cual no es suficiente si se guarda silencio respecto de un determinado medio o método considerado útil e idóneo para esa finalidad.

El silencio y espacio en blanco del artículo 12, respecto del medio o método idóneo a utilizar, dio lugar a que las calificaciones de este concurso se realizaran mediante una vía de hecho, en la medida en que el evaluador dispuso por sí y ante sí, un método inexistente dentro de las reglas porque no fue jamás considerado por ningún aspecto, cual es el método de Rasch, y la teoría de la respuesta al Item (TRI), que infortunadamente viene a ser una construcción a-posteriori del evaluador y que lo exterioriza a través de la resolución 001405 de noviembre 3 de 2015, emanada de la oficina de Selección y Carrera de la PGN. Nunca estuvo presente en la regla básica del concurso que es la resolución 040 de 2015.

La resolución 001405 de noviembre 3 de 2015 que se anexa, emanada de la oficina de Selección y Carrera, señaló con posterioridad a la práctica de la prueba de conocimientos, lo siguiente:

“La calificación se realiza con base en la Teoría de Respuesta al Item (TRI) como fundamento teórico y se utiliza el modelo de Rasch, que incorpora un parámetro: el de la dificultad del Item, discriminación, flujo de respuesta, consistencia, entre otros. Para cada aspirante se obtiene un nivel de habilidad en cada componente evaluado en las pruebas (general y específico)”.

Es evidente entonces que semejante concepto tan extenso como indeterminado aparece por primera vez después de realizadas las evaluaciones de las pruebas de conocimientos, esto es, en noviembre 3 de 2015, y se observa provisto de nociones desconocidas y nunca desarrolladas y menos explicadas, tales como “dificultad del item”, “discriminación”, “flujo de respuesta”, “consistencia”, que no pueden ser jamás un dato exclusivo del conocimiento del evaluador que omite incorporarlo y explicarlo previamente con suficiente claridad en la regla básica del concurso y en su lugar se reserva la todopoderosa facultad de aplicarlo sin explicarlo después de realizada la prueba de conocimientos y, a espaldas por completo de los concursantes iii?

Como puede ser admisible que esta fórmula tan oculta como desconocida constituya el medio idóneo para evaluar en un proceso de selección objetiva?

Que significado tienen todas esos conceptos pretranscritos?Cuál es su sentido y alcance y más grave aún es indagar cómo se aplican a una prueba de conocimiento de ésta tipología? Cómo se aplican a las diversas clases de preguntas y respuestas logradas en la prueba?

Todo es un acertijo. Nada se sabe ni se puede saber de ello en la forma tan mecánica y simplista como a posteriori fue informada después de realizado el examen escrito.

Eso que se reserva al dominio pleno del evaluador que utiliza y aplica sin estar contenido en una regla previa es **LO QUE LA JURISPRUDENCIA HA DENOMINADO UNA VIA DE HECHO QUE AGREDE AL DERECHO.**

Nada más sencillo y obligado por demás, que el operador jurídico examine éste problema para converger necesaria e indiscutidamente en que esta vía de hecho solo puede ser eliminada efectivamente mediante un amparo o tutela y no mediante un proceso ordinario, pues, es tan evidente y abultada la trasgresión de la ley positiva y de la moral, que fluye nítido y a priori condenar estas fórmulas por lesionar el cúmulo de derechos fundamentales que se citan en esta demanda de tutela.

El Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, en sentencia de junio 1 de 2016, radicación número 2016-00294-01, Accionante, María del Carmen Quintero Cárdenas, Accionado, Consejo Superior de la Judicatura- Sala Administrativa, C.P. Gabriel ValBuena Hernández, ha criticado fuertemente denominándole "**arbitrariedad**" a los casos como el presente donde la entidad violenta la ley y sustituye la imperativa selección objetiva de los concursantes, por una caprichosa selección subjetiva, tan malsana como inmoral e injurídica, con el agravante de provenir esta vez del órgano de control creado para garantizar los derechos humanos y los derechos fundamentales del individuo:

"Así pues, el concurso de méritos está dirigido a garantizar la selección objetiva del aspirante, según la evaluación y determinación de su capacidad e idoneidad para asumir las funciones a desempeñar, de manera que se impida la subjetividad o arbitrariedad del nominador o criterios contrarios a los principios y valores constitucionales."

SEXTO.- El Procurador General De La Nación, quien expidió la resolución 040 de 2015, regla básica del concurso de méritos, precisó que todas las preguntas tienen la misma puntuación y ninguna ostenta mayor puntaje que otra, al expedir el oficio 00661 del 11 de diciembre de 2015, respondiendo un derecho de petición en tal sentido formulado por el señor Andrés Canal Flores, así: "no se determinaron pesos porcentuales diferenciales por componente ni por tema. Es decir, que las 100 preguntas todas tienen el mismo peso dentro de la evaluación, sin que se haya otorgado un puntaje mayor a determinada pregunta, tema, subtema o componente (general o específico)".

SEPTIMO.- La Procuraduría General De La Nación y la Universidad de Pamplona calificaron la prueba de conocimientos del suscrito accionante y de todos los concursantes, mediante una inexcusable vía de hecho al aplicar el método de Rasch, y la teoría de la respuesta al Item (TRI), lo cual en modo alguno fue contemplado en ninguna de las normas o artículos que integran la resolución No 040 de 2015, regla básica del concurso, y menos en su artículo décimo segundo relativo a la forma de evaluación que quedó absolutamente indeterminada y nunca identificada.

OCTAVO.- Las accionadas confiesan en la resolución # 001405 de noviembre 3 de 2015, página 3, "por medio de la cual se resuelven unas reclamaciones contra los resultados de las pruebas de conocimientos del concurso para proveer los empleos de Procurador Judicial, regulado por la resolución 040 de 2015", suscrita por el Jefe de Selección y Carrera de esa Procuraduría Sr. José Fernando Berrio Berrio, texto presentado por la Universidad de Pamplona, lo siguiente:

"La calificación se realiza con base en la Teoría de Respuesta al Item (TRI) como fundamento teórico y se utiliza el modelo de Rasch, que incorpora un parámetro: el de la dificultad del Item, discriminación, flujo de respuesta, consistencia, entre otros. Para cada aspirante se obtiene un nivel de habilidad en cada componente evaluado en las pruebas (general y específico)".

Esa forma de calificar la prueba de conocimientos acudiendo al modelo de Rasch!!!?, es una clásica vía de hecho porque corresponde a una especulación y subjetiva decisión, por si y ante sí, de las accionadas, si se tiene en cuenta que choca y violenta al artículo Décimo Segundo de la resolución 040 del 2015, que a su vez vulnera y contradice el precepto del artículo 203 del decreto 262 del 2000, todos Pre-transcritos.

NOVENO.- La Universidad De Pamplona y la Procuraduría General De La Nación, oficina de selección y carrera, están sometidas en el ámbito de este concurso de méritos, con rigor al principio de legalidad por tratarse de una función administrativa que tiene como finalidad proveer empleos de Carrera Administrativa y, por ende, los servidores públicos que calificaron las pruebas de conocimiento con el método Rasch carecen de autorización de la ley y de los reglamentos para darle aplicación a este y por ende su actuación se reputa como una clásica vía de hecho enmarcadas en criterios subjetivos y discrecionales.

DECIMO.- El suscrito aspirante a este concurso de méritos obtuvo una calificación de 56.42, que significa una reprobación, pues, de acuerdo con el artículo 12 de la Resolución 040 de 2015, regla básica del concurso se aprobaba este obteniendo un puntaje mínimo de 75 puntos sobre 100.

DECIMO PRIMERO.- Presenté reclamación administrativa contra la calificación originalmente asignada ante la oficina de selección y carrera de la Procuraduría General de la Nacion, dirigida a que se revisara la irregular calificación aplicada al suscrito; la cual fue respondida en sentido negativo confirmando la calificación inicial mediante Resolución 001405 de 03 de noviembre de 2015, (que se anexa como prueba) tal como se detalla a continuación:

NUMERO DE INSCRIPCIÓN	PUNTAJE PRUEBA DE CONOCIMIENTOS (7/10/15)	PUNTAJE VERIFICADO	APROBACIÓN
787318	56,42	56,42	NO APROBÓ

DECIMO SEGUNDO - La aplicación del método Rasch y de la teoría del Ítem (TRI), es una vía de hecho por lo dictatorial, irracional, inmoral, e injurídico forma de actuar un servidor público , que a sabiendas del carácter objetivo que debe tener una evaluación de este tipo, y del carácter imparcial y objetivo que debe tener la regla fundante y básica del concurso decide, por sí y ante sí, imponer un método de evaluación tomado de su discrecionalidad y de su insular idea para ejercer el omnímodo poder de calificar a su antojo las pruebas de conocimiento. En tal sentido se ha pronunciado la corte constitucional ratificando el significado de vía de hecho en la sentencia C-543 de 1992:

"es una vía de hecho entendida como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales".²

DECIMO TERCERO.- El Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, en sentencia de junio 1 de 2016, radicación número 2016-00294-01, Accionante, María del Carmen Quintero Cárdenas, Accionado, Consejo Superior de la Judicatura- Sala Administrativa, C.P. Gabriel ValBuena Hernández, ha criticado fuertemente estas prácticas denominándole **"arbitrariedad"** a los casos como el presente donde la entidad violenta la ley y sustituye la imperativa selección objetiva de los concursantes, por una caprichosa selección subjetiva, tan malsana como inmoral e injurídica, con el agravante de provenir esta vez del órgano de control creado para garantizar los derechos humanos y los derechos fundamentales del individuo:

"Así pues, el concurso de méritos está dirigido a garantizar la selección objetiva del aspirante, según la evaluación y determinación de su capacidad e idoneidad para asumir las funciones a desempeñar, de manera que se impida la subjetividad o arbitrariedad del nominador o criterios contrarios a los principios y valores constitucionales."

PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA EN CONCURSOS DE MERITOS

El Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, en sentencia de junio 1 de 2016, radicación número 2016-00294-01, Accionante, María del Carmen Quintero Cárdenas, Accionado, Consejo Superior de la Judicatura- Sala Administrativa, C.P. Gabriel ValBuena Hernández, ha sostenido que en concursos de méritos como el de la Rama Judicial que guarda total identidad con el presente concurso de méritos de la Procuraduría General de la Nación, que la protección inmediata de los Derechos Constitucionales fundamentales, se logra mediante acción de tutela porque los otros medios de defesas judiciales no son eficaces para ese amparo, lo cual es de rigurosa aplicación en el caso que nos ocupa, por la siguientes sustentación jurídica que compartimos a plenitud y exponemos a su consideración:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos en que señala éste decreto", sin

² Sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad del artículo 40 del Decreto 2591 de 1991

embargo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral primero de artículo sexto ibídem, ésta acción no procede cuando existen otros medios de defensa judiciales, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En esto consiste su condición de medio judicial subsidiario.

Ese mecanismo alternativo según reiterada jurisprudencia constitucional, debe ser **eficaz** pues de no serlo, la tutela no procede como medio de defensa o medio judicial de protección de los derechos fundamentales.

Además de lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido dos subreglas excepcionales 9 en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial, es decir (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable inminente, que requiera medidas urgentes, sea grave e impostergable (ii) **cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el accionante** 10.

Ahora bien, las decisiones que se dictan en el desarrollo de un concurso de méritos para la provisión de empleos generalmente constituyen actos de trámite y contra estos no proceden los recursos de la vía gubernativa ni los medios de control que regula la ley 1437 de 2011 –CPACA-. **Por tanto, en el evento de presentarse, en desarrollo del concurso la flagrante violación de un derecho fundamental, la acción de tutela resulta procedente ante la carencia de medios de defensa judicial para lograr la continuidad en el concurso.**

Así lo aceptó la sala plena de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado 11 y lo han reiterado las secciones primera, doce, cuarta, trece”.

DECIMO CUARTO: Es inminente la publicación de la lista de elegibles en la primera semana de julio de 2016, tal como lo anunció el Sr. Procurador General de la Nación, en documento público que se anexa. Por ello, se impone una medida cautelar de urgencia que consista en suspensión provisional del concurso.

DECIMO QUINTO: COADYUVA la presente acción de tutela el señor MAURICIO RODRIGUEZ AVENDAÑO, mayor de edad, vecino de la ciudad de barranquilla, identificado con cedula de ciudadanía N° 8.531.403 de Barranquilla participante del mencionado concurso al cual le fue asignado número de inscripción N° 779.221.

DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS

Derecho al Debido Proceso.

Consagrado en el artículo 29 de la carta Política que indica "El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio...".

Se me vulneró al haberse incurrido en una vía de hecho por utilizar el método Rasch extraído de la subjetividad del evaluador y contradiciendo lo preceptuado por el artículo 203 del Decreto 262 de 2000. Igualmente la Resolución 040 de 2015, guardó silencio sobre el método de evaluación Rasch, que no aparece en ninguno de sus enunciados ni artículos o normas que debieron regular el concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II, a través de proposiciones jurídicas contentivas de métodos de evaluación expresos, claros, objetivos, completos e imparciales y nunca subjetivos ni arbitrarios como ocurrió infortunadamente por parte del evaluador.

Derecho a la Participación y Acceso a los Cargos Públicos

El artículo 40 de la Constitución Nacional indica "Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, para hacer efectivo este derecho puede: ...7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos".

Violación a los Principios de Confianza Legítima, Buena Fe y Orden Justo

El principio de **Confianza Legítima** se encuentra soportado en la Buena Fe, entendida como la expectativa cierta de una situación material, abordada de cierta forma del pasado. Como elemento incorporado a **la buena fe**, esa confianza puede llegar a proyectarse en el hecho de que se espere la perpetuación de condiciones que de manera puntual, concreta y específica, generan las condiciones para esa determinada situación, la posibilidad de que no se apliquen condiciones gravosas sino aquellas que se requieran para la realización de un fin; la confianza de que no se acuda a vía de hecho al evaluar. Las reglas del concurso siempre deben respetar derechos y garantías constitucionales.

En ese orden, y en cuanto al principio de CONFIANZA LEGITIMA, la Procuraduría General de la Nación, ni la Universidad de Pamplona podían dar lugar a una vía de hecho, pues omitieron en la resolución 040 del 2015, unas reglas claras, justas, expresas, completas y determinadas. De lo cual se tiene

que el desconocimiento de las normas legales que regulan el concurso implica el rompimiento de la confianza que se tiene frente a la Institución. Las entidades accionadas, vulneraron nuestros derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO, ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, AL TRABAJO, Y LA IGUALDAD, así como a los principios de CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE, ORDEN JUSTO y SEGURIDAD JURIDICA.

Todo concurso de méritos debe ceñirse a los principios de igualdad, moralidad, imparcialidad, publicidad, con respeto a la Constitución y a la Ley, con especial apego a las disposiciones que de manera concreta, precisa y autónoma se establezcan en los procesos y procedimientos a aplicar, tal como lo prevé el artículo 209 Constitucional y el artículo 203 del decreto 262 del 2000, pretranscrito.

Perjuicio Irremediable

Los supuestos fácticos del presente amparo constitucional como mecanismo transitorio constituyen también un perjuicio irremediable tras la premura del tiempo, atendiendo que el pasado 27 de junio del año en curso, el señor Procurador General de la Nación, publicó los resultados de los recursos a los antecedentes y consecuentemente precederá a la conformación y publicación de la lista de elegibles en la primera semana de julio de 2016, por lo que de no suspenderse el trámite del concurso; conllevaría la ocurrencia de un perjuicio grave e irremediable, que consistiría en la conformación de una lista de elegibles con vulneración a los derechos fundamentales AL DEBIDO PROCESO, ACCESO A CARGOS PÚBLICOS, AL TRABAJO, Y LA IGUALDAD, así como a los principios de CONFIANZA LEGÍTIMA, BUENA FE, ORDEN JUSTO y SEGURIDAD JURIDICA.

En ese evento estaríamos infortunadamente en presencia de una lista de elegibles conformada mediante procedimientos irregulares que son fácilmente verificables, como aquí se ha expuesto.

Principio de Inmediatez

Este principio constituye un requisito de procedibilidad para acudir por vía de tutela, a la protección de un derecho fundamental y exige su interposición dentro de un plazo razonable, oportuno y justo, de manera que se garantice la seguridad jurídica y que no se premie con su concesión la desidia o inactividad de los interesados. En este caso no se ha dictado ni causado estado de ejecutoria del acto administrativo que le ponga fin al concurso de méritos, identificado como Lista de Elegibles.

(5)

La Corte Constitucional en la sentencia C-543 de 1992 con ponencia del Magistrado JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO, indicó:

"...la acción de tutela ha sido instituida como remedio de aplicación urgente que se hace preciso administrar en guarda de la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza".

Competencia

En concordancia con el artículo 86 de la Constitución, Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, por tratarse de una entidad del orden nacional, corresponden el conocimiento de la presente acción a ese honorable Tribunal, y por factor territorial en la medida que la vulneración de los derechos fundamentales se realiza en nuestra condición de concursantes-aspirantes en la ciudad de Barranquilla, Atlántico, sus efectos se sitúan tanto en la sede de las entidades donde se emite las decisiones administrativas, como en nuestros domicilios, la ciudad de Barranquilla que es donde se generan los efectos de los mismos.

Medida Provisional Transitoria De Suspensión.

En atención a la garantía consagrada en el numeral 7 del decreto 2591 de 1991, solicitamos de manera **URGENTE** se decrete la medida provisional transitoria de suspensión del concurso abierto de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II hasta tanto se dé cumplimiento a la decisión que se adopte en ésta Acción Constitucional, para evitar un perjuicio irremediable ante la inminente publicación de la lista de elegibles, que es la decisión subsiguiente en este proceso.

PRUEBAS

Respetuosamente solicitamos a esa Honorable Sala de decisión, se tengan y valoren como pruebas, los siguientes documentos:

1. Copia de la Resolución No. 040 de 2015, por la cual se ordena la apertura del concurso de méritos para proveer los cargos de Procuradores Judiciales I y II.
2. Oficio No. 00661 del 11 de diciembre de 2015 suscrito por el Procurador General de la Nación y dirigido al Doctor Andrés Canal Flórez.
3. Copia de la Resolución No. 001405 de 2015, por la cual se resuelven unas reclamaciones contra los resultados de las pruebas de

conocimientos del concurso para proveer los empleos de procurador judicial, regulado por la resolución 040 de 2015.

4. Certificado de inscripción en el concurso.
5. Circular dirigida por el Señor Procurador General de la Nación, anunciando que publicará la lista de elegibles en la primera semana de julio de 2016.

NOTIFICACIONES

1. A la entidad demandada PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION en la carrera 5 N° 15-80 Oficina de Selección y Carrera en Bogotá. E-mail: dcap@procuraduria.gov.co
2. A la Universidad de Pamplona en la Calle 5 No. 3 – 43 Bogotá D.C., E-mail: atencionalciudadano@unipamplona.edu.co. Teléfono: 5685303 – 5685304 ext. 196
3. Al suscrito accionante Javier Munera Oviedo: en la carrera 53 N° 82-135 apartamento 802 de Barranquilla.
4. COADYUVANTE: Mauricio Rodriguez Avendaño; en la calle 78 N° 55-77 APTO 703 edificio Palma Real, Barranquilla.

De los señores Magistrados, atentamente,

ACCIONANTE,

JAVIER ENRIQUE MUNERA OVIEDO
C.C. 8.672.406 de Barranquilla.

COADYUVANTE,

Simón Ackerman S.
cc 77033403
Cra 64B #84B-118 B/quila

COADYUVANTE,

MAURICIO RODRIGUEZ AVENDAÑO
C.C. 8.531.403 de Barranquilla

Coadyuvante:

Esteban José Maspeera
C.C. 8.771.910 Sed.

Calle 19 #19-45

Espejel

Examinada