



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA CONSTITUCIONAL**

Pamplona, veintidós de febrero de dos mil veintidós

REF: EXP. No. 54-518-31-84-001-2021-00188-01
IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: JHON JAIRO GAMBOA GÉLVEZ
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC-, INSTITUTO
NACIONAL PENITENCIARIO –INPEC-- y ARL POSITIVA
VINCULADOS: PARTICIPANTES CONVOCATORIA No. 1356 DE 2019, INPEC, y OTROS

MAGISTRADO PONENTE: JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ
ACTA No. 029

I. ASUNTO

Se pronuncia la Sala respecto de la **IMPUGNACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA** formulada por el señor **JHON JAIRO GAMBOA GÉLVEZ** contra el fallo emitido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta competencia el 06 de enero del presente año que declaró improcedente la protección constitucional solicitada.

II. ANTECEDENTES

1. La pretensión

Solicita el señor Jhon Jairo Gamboa Gélvéz se amparen sus derechos fundamentales a la “*intimidad personal, acceso al empleo público, igualdad, petición, debido proceso*”, “*enmarcados en el principio de la dignidad humana*”; así mismo, los principios de “*confianza legítima y la primacía de la Constitución y el mérito*”, y en consecuencia, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil¹:

“1. (...), *provisionalmente, deje sin efectos la decisión de mi exclusión de la Convocatoria 1356 para proveer cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, así permitirme la continuidad en las etapas restantes del concurso.*”

2. (...) *adelantar la actuación administrativa que determine las responsabilidades en el envío de mi historia clínica a un tercero, informándome sobre la identidad del destinatario de la misma, con la constancia de la respectiva advertencia de reserva*

¹ En adelante CNSC

que se le haga a esa persona y así facilitándome la tutela jurisdiccional efectiva a través de los mecanismos que la ley me otorga.

3. (...) *darme a conocer el resultado de la segunda valoración para la cual me obligó a pagar nuevamente el valor de los exámenes*".

Así mismo, se ordene al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario² y a la ARL Positiva:
i) "(...), *informarme las razones de por qué NO instruyeron al personal médico preocupacional sobre los perfiles del cargo describiendo las funciones específicas de este caso, que representa el incumplimiento de la Resolución No. 2346 de 2007 expedida por el Ministerio de Protección Social (...)*", y ii) "(...) *establecer las posibles recomendaciones de salud ocupacional con las que debo ejercer el cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC*".

2. Los hechos

El promotor del resguardo, como participante en la convocatoria 1356 de 2019, aspirante al cargo de dragoneante del INPEC, acudió a la valoración médica en el mes de octubre de 2021, procedimiento que califica de "irregular", en la medida en que se anunciaron diferentes momentos para la emisión de los resultados, debido a lo que se denominó como "fallas técnicas"; los que finalmente fueron publicados "a altas horas de la noche" del 12 de noviembre de 2021, que arrojó "una restricción médica" y frente a la cual presentó reclamación resaltando la "difusión irregular y discriminada de las historias clínicas a través de SIMO y con destino a terceros. Porque en mi caso me subieron una historia clínica de otro aspirante, sobre la que guardo reserva y desconozco a qué aspirante le enviaron la mía. (...)", obteniendo una respuesta que no resolvió de fondo las anomalías informadas, pues además de mantener la "**SUPUESTA RESTRICCIÓN**" sin soporte técnico y científico, se le resta importancia a la situación al calificarla como "un error atribuible al sistema de información".

Afirma que la segunda valoración médica no le ha sido comunicada, pese a cancelar el valor correspondiente.

Asevera que no existe evidencia de que el INPEC en coordinación con la ARL Positiva "hayan instruido al personal médico encargado de la valoración preocupacional, como lo ordenan las normas que integran el profesiograma: De esa manera NO fue posible cumplir con el espíritu de esta normatividad, cual es el de que las valoraciones ocupacionales sean acordes con las funciones específicas del cargo y en ese sentido el concepto que se emita sea mayormente objetivo".

Precisa que acude a este trámite constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en la medida en que al excluirlo del concurso "es imposible

² En adelante INPEC

interrumpir su avance en contra de los intereses de los demás aspirantes que avanzan bajo el ejercicio del principio de buena fe”, además de que al haberse difundido su historia clínica se han afectado sus derechos, debiéndose adelantar por parte de la CNSC una investigación administrativa tendiente a establecer la persona o personas responsables, para efectos de concretar contra quién debe dirigir las acciones judiciales que le brinda el ordenamiento jurídico.

Aclara que “NO me opongo a los actos administrativos de carácter general que reglamentan este concurso, (...).”

3. Intervención de los accionados

3.1 El INPEC, a través del Coordinador Grupo Tutelas, al dar respuesta a este trámite constitucional solicita se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva, habida consideración de que la entidad que representa “no ha vulnerado, no está afectando, ni amenaza restringir los derechos fundamentales” del accionante, por cuanto la responsabilidad del concurso de méritos para proveer las vacantes de la planta de personal del INPEC recae directamente sobre la CNSC, quien en virtud de sus competencias suscribió convenio interadministrativo para adelantar las diferentes etapas con la Universidad Libre.

3.2 La CNSC, por conducto de su asesor jurídico, luego de precisar que por Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, modificado por el Acuerdo No. 20201000002396 del 07 de julio de 2020, se convocó el proceso de selección para proveer por concurso abierto de méritos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa del INPEC, norma que auto-vincula y regula el concurso de méritos denominado “Convocatoria No. 1356 de 2019”, describió las etapas a superar por parte de los aspirantes, entre las que se encuentra la de “Valoración Médica”, relevante para el caso a estudio, frente a la cual expuso que “se llevó a cabo entre los días 19 de octubre hasta el 2 de noviembre, el día 12 de noviembre de 2021 se publicaron los resultados obtenidos por los aspirantes citados en dicha etapa, por lo tanto se habilitó el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad –SIMO–, los días 16 y 17 del mismo mes y año para que los aspirantes que lo consideraran necesario presentaran reclamación frente a los resultados obtenidos y solicitaran una segunda valoración médica. En consecuencia, el día 19 de noviembre de 2021 a través de SIMO, se publicó la citación a todos los aspirantes que solicitaron segunda Valoración Médica, la cual se llevó a cabo entre los días 22 al 26 de noviembre. Se precisa además que, **la Universidad Libre como operador logístico de la Convocatoria, atendió las reclamaciones presentadas contra los resultados obtenidos, cuyas respuestas y resultados definitivos fueron publicados el día 06 de diciembre de 2021**”.

Seguidamente, dio cuenta de las situaciones presentadas en el proceso de selección del accionante, referenciando que:

- i) El señor Jhon Jairo Gamboa GÉLVEZ se inscribió al proceso de selección para el empleo de Nivel Asistencial, denominado Dragoneante, grado 11, código OPEC No. 129612.
- ii) La Universidad Libre como operador logístico contrató con la IPS Sensalud Integral la realización de la valoración médica de los aspirantes, quienes fueron citados y valorados, arrojando en el caso del accionante un resultado **“CON RESTRICCIONES”**, derivado de su estatura de 1.60 m, lo cual le impide continuar en el concurso.
- iii) El aspirante interpuso, en término, la reclamación respectiva, indicando las mismas inconformidades que presenta en el escrito tutelar y solicitando la realización de una segunda valoración médica, a la cual fue convocado sin que asistiera.
- iv) La reclamación fue atendida en diciembre de 2021, publicada junto con los resultados definitivos de la valoración médica, en lo pertinente, en los siguientes términos:

“(…). Una vez dicho esto, se procede a informar que en la primera valoración médica se encuentra que tiene una restricción por estatura, por lo cual se le recuerda al aspirante lo establecido en el numeral 5.2 del Anexo Modificadorio, Anexo 2 Dragoneante, en el cual se señala:

ESTATURA MÍNIMA Y MÁXIMA DE LOS ASPIRANTES

De conformidad con la Resolución No. 002141 del 9 de julio de 2018³ del INPEC, uno de los requisitos de aptitud física del aspirante es la estatura, la cual debe encontrarse dentro de los siguientes rangos:

Hombres mínima: 1,66 m y máxima 1,98 m (...).

La estatura de los aspirantes será evaluada al momento de la presentación de la valoración médica, dicha medición será realizada por el médico especialista en salud ocupacional, siendo esta la única valoración válida para el proceso de selección.

La Comisión Nacional del Servicio Civil recomienda que el interesado que no cumpla con los estándares de estatura mínima (...), no se inscriba en el proceso, so pena de ser excluido.

(...).

³ “Por medio del cual se actualiza el profesiograma, perfil profesiográfico y documento de inhabilidades médicas versión 4 para el empleo de Dragoneante, versión 3 para los empleos de inspector e inspector jefe”

*Dicho lo anterior, revisados nuevamente los documentos de su **primera valoración médica**, se determina que en efecto su estatura no se encuentra dentro del rango mínimo exigido para el empleo de dragoneante.*

*Ahora bien, teniendo en cuenta que usted solicitó de manera expresa una **segunda Valoración Médica**, se informa que fue citado a la misma y a pesar de que **no asistió**, la IPS realizó la revisión de los exámenes practicados frente a los resultados publicados, determinando que no procede modificación, razón por la cual, se mantiene el concepto emitido **CON RESTRICCIÓN** por no tener la estatura mínima requerida para el cargo (...).*

v) Para dar respuesta a este trámite constitucional, solicitó a la IPS Sensalud Integral S.A.S, revisar nuevamente el caso del aspirante y certificar lo correspondiente, obteniéndose confirmación de la “**RESTRICCIÓN POR PROFESIOGRAMA TALLA**” y del concepto emitido de “**ASPIRANTE CON RESTRICCIÓN**”.

vi) Frente a la inconformidad del accionante de atentarse contra la confiabilidad del concurso al haberse publicado los resultados de la valoración médica el 12 de noviembre de 2021 por una falla técnica del aplicativo SIMO, y no el 08 de noviembre como se había programado, precisa que se respetaron los términos dispuestos en el reglamento del concurso, lo cual para nada afectó su transparencia.

vii) En cuanto a la presunta vulneración de la reserva y custodia de la historia clínica del accionante por parte de la IPS Sensalud y la Universidad Libre, puntualiza que dichas afirmaciones no son de recibo, dado que las entidades responsables del manejo de la información la han resguardado en los términos de la normatividad vigente.

Afirma, asimismo, que en el presente evento no existe perjuicio irremediable, pues no se demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y carácter impostergable del amparo que se reclama, direccionado a controvertir el resultado que obtuvo en la etapa de valoración médica, censurando, en últimas, las normas contenidas en los acuerdos reglamentarios del concurso, para lo cual la tutela no es la vía idónea, pues para cuestionar la legalidad de dichos actos administrativos cuenta con los medios de control de nulidad, y de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA).

3.3 Positiva Compañía de Seguros S.A., a través de apoderada, manifiesta, en primer término, la ocurrencia de tutelas masivas frente a idénticas pretensiones y hechos a los solicitados en la presente tutela, a las cuales ha sido llamada, por lo que considera necesario se tengan en cuenta las reglas contenidas en el Decreto 1834 de 2015, que reguló el tema.

El segundo aspecto referenciado tiene relación con la falta de legitimación en la causa por pasiva en la medida en que la entidad no tiene responsabilidad alguna en los hechos y pretensiones del presente trámite constitucional, solicitando, por ello, su desvinculación.

4. Intervención de los vinculados

4.1 La Universidad Libre, por su Apoderado Especial, dio respuesta a este mecanismo en similares términos a los expuestos por la CNSC, precisando la confirmación del resultado *“CON RESTRICCIÓN”*, publicado en el SIMO, que ratifica que el accionante no continúa en el Proceso de Selección No. 1356 de 2019, conforme lo establecido en los acuerdos de convocatoria del 20 de diciembre de 2019 y 07 de julio de 2020, y que determinan *“que el aspirante calificado con restricción en la Valoración Médica practicada será excluido del proceso”*.

Además de advertir a inexistencia de perjuicio irremediable, manifiesta que la conclusión en este caso no puede ser otra que la *“improcedencia de la tutela por no cumplirse el carácter residual y subsidiario establecido para este tipo de protección constitucional”*, contando el accionante con otros mecanismos idóneos de defensa.

No encontró vulneración alguna frente a los derechos a la dignidad humana, igualdad, debido proceso, confianza legítima, acceso al empleo público, petición e intimidad personal, en la medida en que se atendieron a cabalidad los procesos del concurso en cada una de sus etapas, resaltando que el accionante conoció de forma eficaz los resultados de su valoración médica y contó con la oportunidad de interponer reclamación en su contra.

4.2 El Representante Legal de Sensalud Integral S.A.S., precisa que el proceso de valoración médica está regido por el profesiograma y demás documentos de inhabilidades de salud y seguridad; que lamentablemente el accionante reporta una inhabilidad identificada como *“RESTRICCIÓN POR PROFESIOGRAMA TALLA”*, siendo su estatura –1.60 cmts.-- inferior a la requerida en términos de la Resolución No. 002141 del 09 de julio de 2018 del INPEC –1.66 cmts--, lo cual condujo a confirmar el concepto emitido en el marco del Proceso de Selección: ***“ASPIRANTE CON RESTRICCIÓN”***.

4.3 Los aspirantes en el Proceso de Selección en la convocatoria No. 1356 de 2019 al cargo de Dragoneante, contenida en el Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, modificado por el Acuerdo No. 20201000002396 del 07 de julio de 2020, para proveer por concurso abierto de méritos los empleos vacantes pertenecientes al Sistema Específico de Carrera Administrativa del INPEC, vinculados

por la Juez constitucional de primera instancia en el auto que admitió este trámite constitucional⁴ no efectuaron manifestación alguna.

III. EL FALLO IMPUGNADO

El Juzgado Primero Promiscuo de Familia de esta ciudad declaró improcedente el mecanismo constitucional mediante sentencia del 06 de enero de 2022. Para el efecto, así razonó:

“(...)”

Al analizar lo sostenido por el accionante y lo argüido por las accionadas, resulta que existe entre ellos una pugna en lo que respecta a la valoración médica, pues mientras el primero insiste en que ha cumplido con las etapas previstas, y su prueba escrita y física fue destacada habilitándolo para continuar con el proceso, además de sentirse cosificado por el requisito de talla, exigiendo que los profesionales determine si su actual talla puede incidir y de qué manera en su desempeño, así mismo enrostra que los continuos cambios en el cronograma son verdaderos incumplimientos de la convocatoria, refiere que no conoce la segunda valoración médica y que la CNSC no ha dado respuesta de fondo a su reclamación, las accionadas por su parte manifiestan que han acatado los mandatos de la convocatoria, y que la segunda valoración médica no se realizó habida cuenta que el accionante no se presentó, afirman que el requisito de talla era conocido por todos los aspirantes pretendiendo el actor discutir un requisito de la convocatoria vía tutela.

En ese orden de ideas, la autoridad llamada por Ley a conocer de los planteamientos, sobre las irregularidades en el proceso de convocatoria y sobre el acto emitido por el ente accionado que excluye al accionante de continuar con el proceso de selección al cargo de Dragoneante, es el Juez de lo Contencioso Administrativo, a través del medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho, mecanismo de defensa por medio del cual se puede procurar la revocatoria del acto respecto al cual se alega la vulneración, teniendo incluso la posibilidad de solicitar medidas cautelares frente al mismo; petición regulada en el artículo 229 y siguientes de la Ley 1437 de 2011 y que en virtud del artículo 233 ibídem puede resolverse incluso desde la admisión de la demanda.

El Juez de tutela está relevado de considerar los planteamientos esgrimidos por la accionante y las demandadas, pues ello sería tanto como conocer el fondo del asunto, esto es, entrar a determinar si el accionante puede continuar con el proceso de selección pese a que la valoración médica determina el no cumplimiento de los requisitos del profesiograma, amparados en una presunta deficiencia en la práctica del examen así como la preparación de los profesionales que realizaron la valoración, lo que de paso constituye una modificación en los términos de la convocatoria lo cual, como viene de explicarse, le corresponde a los jueces administrativos.

⁴ Diciembre 28 de 2021

Al respecto, vale la pena tomar como base lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia al resolver un litigio con aristas similares al que ahora es objeto de estudio ‘valga reiterar que, tratándose de concursos de méritos, si bien la tendencia de la Corte Constitucional ha tomado más fuerza frente a la viabilidad de la acción de amparo en ciertos casos, la misma se observa constante tratándose de procesos finiquitados en los cuales, habiéndose consolidado expectativas a favor de los aspirantes, las autoridades encargadas omiten los resultados y los derechos que se ven reflejados en las listas de elegibles; de manera particular, de ser designado en caso de ser el primero de la misma. Situación diferente acaece cuando lo que se pretende, a través de la acción de tutela, es cuestionar una etapa particular del proceso concursal, que es precisamente lo que hace el demandante en el asunto bajo estudio.

(...) En el caso el memorialista, tan sólo le asistía una expectativa en la provisión del cargo al cual aspiraba y por ello no puede señalarse de entrada la violación de sus derechos, puesto que no se había configurado en su favor ninguna situación que le confiriera prerrogativa alguna en los términos expuestos en la anterior cita jurisprudencial (...)”.

De otra, frente a lo peticionado por el accionante direccionado a que se le conceda la protección constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, indicó:

“(…), a la hora de concretar las afectaciones no se evidencia perjuicio que deba ser amparado en sede de tutela, advierte que la CNSC no atiende ninguna de sus razones, denuncias y reporte de irregularidades, sin embargo la accionada no está obligada –a-- atender las razones del recurso, menos cuando las mismas se fundamentan en una supuesta falta de preparación del personal que realizó la valoración, el algo tan objetivo como la talla de una persona, nótese que ni siquiera el actor discute que fue mal valorado, (...) como tampoco señalara cuáles son los defectos de los que adolece la práctica de la valoración.

Respecto al daño refiere que es irreparable porque es imposible interrumpir el avance del concurso en contra de los intereses de los demás que avanzan bajo el principio de buena fe, argumento que no es de recibo por parte de esta operadora, ya que el daño debe causarse al accionante, ahora bien podría pensarse que la (sic) ser excluido se le está impidiendo continuar con el proceso, no obstante dicha decisión encuentra su sustento en la convocatoria, cosa distinta es que el accionante pretende en sede constitucional discutir aspectos técnicos de la valoración y el profesiograma que no le resultan favorables”.

En cuanto a las informaciones que requiere del INPEC y de Positiva en esta sede, “son peticiones que debe elevar a cada una de las entidades”, sin que exista acreditación de que hubiese ocurrido.

IV. LA IMPUGNACIÓN

En desacuerdo, el promotor del amparo lo impugnó en oportunidad. Son sus argumentos:

i) Afirma que no es cierto que este trámite constitucional esté dirigido en contra de un acto administrativo de carácter general, personal y abstracto; tampoco contra uno particular, personal y concreto.

“Mi escrito de tutela –dice– no va dirigido al cuestionamiento u oposición a las normas que reglamentan el concurso, exactamente es todo lo contrario, estoy invocando esas normas para demostrar que las accionadas me dieron un trato arbitrario e injusto, apartándose de las reglas que enmarcan este concurso público (...).”

Estima que enviar su historia clínica “a un destinatario que aún no se ha podido establecer”, vulnera su derecho a la intimidad, argumentándose una “falla técnica del sistema”, situación que podría alcanzar implicaciones penales “de manipulación del sistema”; además, de la falaz información suministrada por la CNSC al afirmar que “se tomaron medidas de corrección, sin informar en qué consistieron”, lo único cierto –asevera– es que a la fecha “no se ha adoptado ninguna medida idónea para conjurar el daño causado” ante la omisión de proteger la información que está amparada por reserva.

ii) Manifiesta que, en su caso, el Proceso de Selección “tuvo irregularidades”, al omitirse “la obligación de que el concepto de exclusión sea emitido por la **entidad especializada contratada**, (...)”, el cual debe ser técnico y científico con las razones de la restricción médico ocupacional, que aún se encuentra a la espera de que se le dé a conocer, pues lo hasta ahora comunicado es una decisión suscrita por un funcionario de la CNSC sin competencia para excluirlo del concurso; amén de que sólo procede “bajo la demostración de ‘**ALTERACIÓN MÉDICA**’, lo que significa la existencia de una patología irreversible que para el caso NO aplica. (...)”.

iii) Insiste en que se le ocasionó un perjuicio irremediable al enviar su historia clínica a un “destinatario desconocido”, afectándose su derecho su derecho a la intimidad.

iv) Considera “plenamente demostrado” que “aún agotada a acción de tutela la CNSC no publica el resultado definitivo, con los resultados de las valoraciones repetidas, desconozco si fueron iguales o variaron o si existió en la segunda valoración mejor observación del procedimiento que establece el profesiograma o no, y tampoco se aporta en el trámite de tutela”, lo cual califica de mala fe.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Al tenor del artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 es competente esta Sala para conocer la impugnación de la acción de tutela formulada.

2. Problema jurídico

De la lectura del escrito de tutela, corresponde a esta Corporación determinar: **i)** si el amparo constitucional resulta procedente contra actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos, en atención a que los accionados invocan la existencia de otros medios de defensa judicial; en caso de que sea viable este mecanismo, **ii)** si los accionados y vinculados en la prueba de valoración médica dentro del Proceso de Selección de la Convocatoria No 1356 de 2019. en la que el accionante aplicó al cargo denominado Dragoneante, Grado 11, con código 4114, grado 2, Opec 129612, transgredieron o no sus derechos fundamentales a la dignidad humana, intimidad personal, acceso al empleo público, petición, igualdad y debido proceso, teniendo en cuenta que el aspirante estima que en dicha etapa se incurrió en irregularidades que condujeron a su exclusión del concurso, bajo el argumento de **“ASPIRANTE CON RESTRICCIÓN”** por no alcanzar la talla mínima requerida.

Para efectos de resolver la cuestión planteada, estima la Sala, con base en jurisprudencia constitucional, analizar: **(i)** la procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos en desarrollo de un concurso de méritos; **(ii)** Reiteración de jurisprudencia sobre la proporcionalidad y racionalidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, en función de la naturaleza de sus funciones; y **(iii)** el caso concreto

3. La procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en desarrollo de un concurso de méritos⁵

Dos de las principales características que identifican a la acción de tutela son la subsidiariedad y la residualidad. En tal sentido, dentro de las causales de improcedencia se encuentra la existencia de otros medios de defensa judicial, cuyo examen –conforme con lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991– debe ser realizado a partir de las circunstancias de cada caso en concreto⁶. Por esta razón, se ha dicho que esta

⁵ Sentencia T-160 de 2018

⁶ En efecto, el inciso 3º del artículo 86 de la Constitución consagra: “(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Por su parte, el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 contempla: “(...) La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante (...)”.

acción solo *“procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”*⁷. Lo anterior, como lo ha señalado la Corte Constitucional, obedece a la lógica de preservar el reparto de competencias atribuido por la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, lo cual se sustenta en los principios constitucionales de independencia y autonomía de la actividad judicial.

No obstante, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, la jurisprudencia del máximo Tribunal Constitucional ha admitido que la acción de tutela está llamada a prosperar **(i)** cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o **(ii)** cuando no cuentan con la celeridad necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En relación con el primer supuesto, ha precisado la Corte Constitucional que el mecanismo ordinario previsto por el ordenamiento jurídico para resolver un asunto no es idóneo ni eficaz, cuando, por ejemplo, no permite decidir el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrece una solución integral frente al derecho comprometido. En este sentido, ha dicho que *“el requisito de la idoneidad ha sido interpretado por la Corte a la luz del principio según el cual el juez de tutela debe dar prioridad a la realización de los derechos sobre las consideraciones de índole formal”*⁸. *La aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, teniendo en cuenta, las características procesales del mecanismo, las circunstancias del peticionario y el derecho fundamental involucrado”*⁹

En cuanto al segundo evento, la jurisprudencia constitucional ha establecido que la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando se presenta una situación de amenaza de vulneración de un derecho fundamental susceptible de concretarse y que pueda generar un daño irreversible¹⁰. Este amparo es eminentemente temporal, como lo dispone el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, en los siguientes términos: *“en el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”*.

Para determinar la configuración de un perjuicio irremediable, en criterio del órgano de cierre constitucional, deben concurrir los siguientes elementos: **(i)** el perjuicio ha de ser *inminente*, es decir, que está por suceder; **(ii)** las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser *urgentes*; **(iii)** el perjuicio debe ser *grave*, esto es, susceptible de

⁷ Sentencia T-723 de 2010

⁸ Entre otras, las Sentencias T-106 de 1993 y T-100 de 1994

⁹ Sentencia T-705 de 2012

¹⁰ Sentencia T-225 de 1993

generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente, **(iv)** exige una respuesta *impostergable* para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos¹¹.

En desarrollo de lo expuesto, en la Sentencia T-747 de 2008, la Corte Constitucional consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de “*presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela*”.

4. Reiteración de jurisprudencia sobre la proporcionalidad y racionalidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, en función de la naturaleza de sus funciones¹²

La Corte Constitucional ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar específicas tareas¹³; por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han sido previstos por la institución, no vulnera, en principio, derechos fundamentales. Lo anterior, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables.

En concordancia con lo anterior, la citada alta Corporación se ha pronunciado sobre los requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera¹⁴ en tres escenarios particulares, a saber: i) estatura mínima; ii) tatuajes; y iii) salud. En gran parte de dicha jurisprudencia, el máximo Tribunal constitucional ha señalado que, en principio, su exigencia no transgrede el ordenamiento constitucional, siempre y cuando tengan una relación con la función a desempeñar por la persona, en términos de razonabilidad, proporcionalidad y necesidad.

La Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades cuando el requisito de estatura mínima ha sido objeto de análisis; entre ellas, en sentencias T-108 de 2004, T-1266 de 2008 y T-586 de 2017. En esta última, precisó:

“(...). La razón de su exclusión tuvo que ver con el incumplimiento de condiciones físicas requeridas dentro del proceso. En dicho proveído, la Sala Octava de

¹¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-225 de 1993 y T-808 de 2010

¹² Sentencia T-438 de 2018

¹³ Sentencia T-463 de 1996. Reiterado en las Sentencia T-572 de 2015 y T-586 de 2017.

¹⁴ Véase, entre otras, las Sentencias C-820 de 2010, T-045 de 2011 y T-257 de 2012.

Revisión de esta Corte determinó que no existió vulneración de los derechos de las y el accionante, puesto que quedó demostrado que: "(i) los candidatos fueron previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía (Resolución 005657 de 2015 y Acuerdo 563 de 2016); (ii) el proceso de selección se adelantó en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión de exclusión de cada uno de los demandantes se tomó con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables, como se vio en detalle para cada uno de los casos". Así mismo, para la Sala:

'resulta más que razonable el establecimiento de unos requisitos mínimos y máximos en materia de estatura pues la función que van a prestar demanda importantes esfuerzos en materia de seguridad, guarda, vigilancia y mantenimiento del orden al interior de un centro penitenciario. En este orden de ideas, el hecho de que el personal de custodia cuente con una estatura no inferior al límite establecido, lejos está de reputarse como exagerado, arbitrario o caprichoso. Con todo, se estima que el requisito exigido por el Acuerdo 563 de 2016 (en materia de estatura), dada la particularidad de las funciones a cargo de los dragoneantes relacionadas con mantener la seguridad, ejercer la custodia y vigilancia de los internos al interior de un centro carcelario es razonable, proporcional y necesario'

5º Caso concreto

El gestor del amparo le imputa a la CNSC, al INPEC y a POSITIVA ARL la vulneración de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, intimidad personal, acceso al empleo público, petición, igualdad y debido proceso, al considerar que en la etapa de valoración médica se cometieron una serie de irregularidades, como el hecho de remitir su historia clínica a un destinatario desconocido, sin que se haya adelantado una investigación administrativa para efectos de establecer responsabilidades, además de que el concepto para su exclusión no fue emitido por la entidad especializada contratada, sino que se le comunica una decisión firmada por un funcionario de la CNSC, echando de menos el concepto técnico y científico *"que me explique las razones por las que mis condiciones físicas no me permiten cumplir las funciones del cargo aspirado"*.

La parte accionada estima que la acción de amparo es improcedente, toda vez que su promotor cuenta con otro mecanismo jurídico para controvertir las actuaciones que considera contrarias a sus derechos fundamentales, siendo el camino el previsto en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo es *"la nulidad y restablecimiento del derecho"*; amén de no existir un perjuicio irremediable.

Por su parte, la Juez de primera instancia negó por improcedente el amparo constitucional al no encontrar cumplido el principio de subsidiariedad. Para el efecto, advierte que al atacar el accionante los actos administrativos que rigen el concurso de méritos, lo indicado es acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para discutir su legalidad, en los términos que ha enseñado la Corte Constitucional. Se suma a lo anterior la no demostración de existencia de una afectación irremediable o de una amenaza cierta

del derecho que se dice vulnerado, pues no se evidencia perjuicio que deba ser amparado en sede de tutela.

En este contexto y aun cuando el accionante resalta en su escrito de impugnación que este trámite constitucional no está dirigido a cuestionar ningún acto administrativo, sino a las irregularidades acaecidas en el trámite de la valoración médica, emerge claro que su inconformidad está centrada en la exclusión de concurso al no superar dicha valoración por “RESTRICCIÓN” debido a su talla inferior a la mínima, resulta imperativo determinar, como se advirtió, la procedencia de la acción de tutela, pues es ello lo que en primer lugar debe analizarse,

En esa dirección encuentra la Sala que, si bien los hechos expuestos plantean un problema que puede tener relevancia constitucional por la posible afectación de intereses *iusfundamentales* estrechamente relacionados con el debido proceso, la acción no reúne los requisitos de procedibilidad establecidos por el artículo 86 de la C.P. y el artículo 6 del Decreto 2591.

En particular, como se expuso en la consideración 3º, la acción de tutela es improcedente como mecanismo principal para controvertir actos administrativos, ya que para cuestionar su legalidad están previstas la acción de simple nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, que para el caso se adelantaría en contra de las disposiciones contenidas en el ANEXO MODIFICATORIO DEL ANEXO No. 2 DRAGONEANTES Acuerdo No. CNSC 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019 Modificado por el Acuerdo No. 0239 del 7 de julio de 202015, numeral 5¹⁶. **“5.2 IMPORTANCIA Y EFECTOS DEL RESULTADO DE LA VALORACIÓN MÉDICA”**.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de Tutela STC14624 del 13 de octubre de 2016, expuso:

“(…) por tratarse de actos administrativos, el debate acerca de su legalidad cumple suscitarlo ante los Jueces Contencioso Administrativos competentes, a través de las acciones previstas en el Código Contencioso Administrativo, de acuerdo con las circunstancias y particularidades que, a juicio del interesado, experimentó la situación que generó lo resuelto por la administración y que es materia de inconformidad, a fin de generar las determinaciones con las cuales se obtenga el restablecimiento del derecho (...). Además, en este escenario la interesada puede solicitar como medida cautelar la suspensión provisional del acto ilegal, razón por

¹⁵ **“POR EL CUAL SE MODIFICA EL ANEXO No. 2 DE LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS DE LAS DIFERENTES ETAPAS DEL PROCESO DE SELECCIÓN PARA PROVEER DEFINITIVAMENTE EL EMPLEO DENOMINADO DRAGONEANTE, CÓDIGO 4114, GRADO 11, PERTENECIENTE AL SISTEMA ESPECÍFICO DE CARRERA DEL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, QUE HACEN PARTE DE LA CONVOCATORIA No. 1356 DE 2019 CUERPO DE CUSTODIA Y VIGILANCIA”**

¹⁶ **“VALORACIÓN MÉDICA Y ESTABLECIMIENTO DE INHABILIDADES MÉDICAS”**

la cual no se justifica la intervención del juez constitucional ni siquiera como mecanismo transitorio. (...)”.

De otro lado, en atención a la petición del accionante en cuanto que se le amparen sus derechos fundamentales como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, dígame que para determinar la configuración de esta figura, en criterio de la Corte Constitucional, deben concurrir los siguientes elementos: (i) el perjuicio ha de ser inminente, es decir, que está por suceder; (ii) las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; (iii) el perjuicio debe ser grave, esto es, susceptible de generar un daño trascendente en el haber jurídico de una persona; y finalmente, (iv) exige una respuesta impostergable para asegurar la debida protección de los derechos comprometidos¹⁷. En desarrollo de lo expuesto, el máximo Tribunal constitucional en la Sentencia T-747 de 2008, consideró que cuando el accionante pretende la protección transitoria de sus derechos fundamentales a través de la acción de tutela, tiene la carga de *“presentar y sustentar los factores a partir de los cuales se configura el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela”*.

En esa dirección, no es posible soslayar el incumplimiento del requisito de procedibilidad del amparo para, en su lugar, abordar el fondo de la temática propuesta por el actor, aun cuando éste considere necesaria la intervención del juez de tutela para evitar un daño irreparable, en razón a que no están demostrados los presupuestos establecidos por la doctrina constitucional para la configuración de un detrimento de esa categoría, sin que sea suficiente para ello la mera manifestación de su existencia, pues el afirmar que la CNSC remitió su historia clínica *“a un destinatario desconocido”*, situación que, desde su óptica, vulnera su derecho a la reserva y a la información, y de mencionar que la citada entidad no atiende el reporte de las irregularidades presentadas en su reclamación, no son elementos de juicio que conduzcan a su demostración.

Finalmente, las pretensiones del promotor del resguardo encaminadas a que se ordene **(i)** a la CNSC *“adelantar la actuación administrativa que determine las responsabilidades en el envío de mi historia clínica a un tercero, informándome sobre el destinatario de la misma, con la constancia de la respectiva advertencia de reserva que se le haga a esa persona y así facilitándome la tutela jurisdiccional efectiva a través de los mecanismos que le ley me otorga”* y darle *“a conocer el resultado de la segunda valoración para la cual me obligó a pagar nuevamente el valor de los exámenes”*; **(ii)** al INPEC y a POSITIVA ARL *“informarme las razones de por qué NO instruyeron al personal médico preocupacional sobre los perfiles del cargo describiendo las funciones específicas de este caso, que representa el incumplimiento de la Resolución No. 2346 de 2007 expedida por el Ministerio de Protección Social (...); y “establecer las posibles recomendaciones de salud ocupacional con las que debo ejercer el cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC”, serán despachadas*

¹⁷ Sentencia T-808 de 2010, entre otras

desfavorablemente, en tanto que, este excepcional mecanismo no ha sido previsto para dar trámite a ese tipo de pedimentos, pues será el interesado, quien de considerarlo procedente deberá adelantar las gestiones pertinentes ante las autoridades competentes para dar trámite a sus solicitudes.

En esa dirección, estima el Tribunal que lo argumentado por el impugnante no alcanza prosperidad, lo que conduce a la confirmación de la sentencia atacada.

Por último, se ordenará a la CNSC la publicación de esta sentencia en su página web.

VI. D E C I S I O N

En armonía con lo expuesto, **LA SALA ÚNICA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de tutela emitido por el Juzgado Primero Promiscuo de Familia Pamplona el día seis de enero de dos mil veintidós, por lo motivado.

SEGUNDO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, en la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** la publicación de esta sentencia en su página web.

CUARTO: REMITIR la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

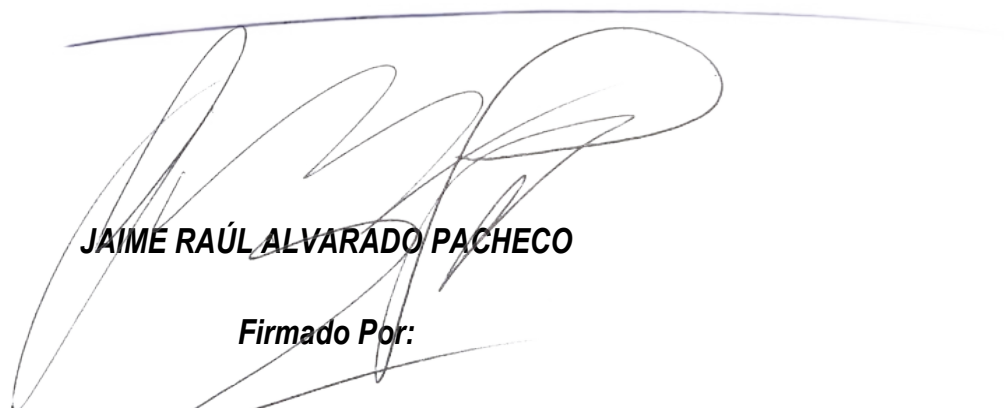
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Firmado Por:

Jaime Andres Mejia Gomez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
002
Tribunal Superior De Pamplona - N. De Santander

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

38a592a437a4c6f218a750324ac619dfe9fbc3ebfd3d6801cd548466570d2df4

Documento generado en 22/02/2022 11:56:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>