

Magistrado Ponente

GERMÁN ARTURO GÓMEZ GARCÍA

Proceso: Acción de tutela - Segunda Instancia
Radicación: 860013187001-2022-00014-01 (R.I. 2022-00031-01)
Accionante: Carlos Daniel Sánchez Pantoja
Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y Aseguradora de Riesgos Laborales Positiva
Vinculados: Participantes de la Convocatoria 1356 de 2019 para proveer los cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario – INPEC, Universidad Libre de Colombia y la IPS Sensalud Integral S.A.S.
Procedencia: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Mocoa
Aprobado: Sala extraordinaria del 23 de febrero de 2022
Sentencia No: 008

Mocoa (P), veintitrés (23) de febrero de dos mil veintidós (2022)

OBJETO DE DECISIÓN

Procede la Sala a resolver la impugnación interpuesta por el señor Carlos Daniel Sánchez Pantoja, en calidad de accionante, en contra del fallo de tutela proferido el 18 de enero de 2022, por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Mocoa, mediante el cual resolvió negar la acción de tutela impetrada por la parte actora.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones y hechos relevantes en los que se funda la petición

El señor Carlos Daniel Sánchez Pantoja, impetró acción constitucional para la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, intimidad personal, petición, mérito e igualdad de oportunidades y debido proceso administrativo, que considera vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y la Aseguradora de Riesgos Laborales Positiva. En virtud de la protección requerida solicitó lo siguiente:

“1. La Comisión Nacional del Servicio Civil, 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. La Comisión Nacional del Servicio Civil deberá 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 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. La Comisión Nacional del Servicio Civil, debe darme a conocer el resultado de la segunda valoración para la cual me obligó a pagar nuevamente el valor de los exámenes.

4. El INPEC y la ARL POSITIVA, deben 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 (Hoy de Trabajo).”

Como hechos que soportan sus pretensiones, el accionante refirió que se inscribió al cargo de Dragoneante dentro del concurso de Méritos adelantado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC dentro de la Convocatoria 1356 de 2019, para proveer cargos de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Afirmó que, se presentó un procedimiento irregular con los resultados de la valoración médica en las publicaciones en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en vista de que en primer punto se incumplió en diversas oportunidades la fecha que había dispuesto la CNSC para la publicación, finalmente el día 12 de noviembre de 2021, se publicaron los resultados, sin embargo, se presentó una difusión irregular y discriminada de las historias clínicas a participantes del concurso que no correspondían con su titular.

Aclaró que en la publicación del 12 de noviembre de 2021, no se identificó una restricción médica válida, publicada en SIMO, encontrándose a la espera de la segunda valoración, pero que fue excluido de la mencionada Convocatoria debido a que fue declarado no apto por una presunta “Restricción” con base en la valoración médica realizada en el marco de dicho concurso.

Puntualizó que, los días 16 y 17 de noviembre de 2021 presentó reclamación exponiendo dichas irregularidades y solicitando a la CNSC que adelante actuación administrativa que le permita tener claridad sobre responsabilidades, recibiendo

respuesta el 07 de diciembre de 2021, la cual no resuelve de fondo su reclamación, pues redujo el reporte generalizado de irregularidades a situaciones atribuibles al sistema de información, además en la respuesta se mantiene la supuesta restricción, pero no se emite concepto técnico y científico por parte de la entidad médica especializada contratada.

Añadió que no existe evidencia de que el INPEC en coordinación con la ARL POSITIVA, hayan instruido al personal médico encargado de la valoración médica preocupacional, como lo ordenan las normas que integran el profesiograma.

Refirió además que prestó su servicio militar como auxiliar del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, con concepto de salud apto, sin restricciones, desempeñando funciones mucho más exigentes a las del cargo de dragoneante del INPEC, donde se destacó con conducta excelente.

2. Actuación Procesal

El día 06 de enero de 2022, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Mocoa, admitió la solicitud de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, el Instituto Nacional Penitenciario –INPEC y la Aseguradora de Riesgos Laborales Positiva y, procedió a vincular a los demás participantes de la Convocatoria 1356 de 2019 para proveer los cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario – INPEC¹.

Posteriormente el día 17 de enero de 2022, resolvió vincular a la Universidad Libre de Colombia y a la IPS Sensalud Integral SAS². Las partes accionadas y vinculadas fueron debidamente notificadas³ y se pronunciaron de la siguiente manera.

2.1. Pronunciamiento de las autoridades accionadas.

2.1.1 Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

El 13 de enero de 2022, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC a través de su Jefe de la Oficina Asesora Jurídica allegó contestación⁴ en la que refirió que el accionante cuenta con una simple expectativa frente a la Convocatoria 1356 de 2019 que no origina ningún derecho de admisión a la misma; señaló que el hecho

¹ Cuaderno 1 Instancia. PDF 04

² Cuaderno 1 Instancia. PDF 10

³ Cuaderno 1 Instancia. PDF 06 y PDF 12.

⁴ Cuaderno 1 Instancia. PDF 07.

de que el accionante considere tener buen estado de salud no constituye sustento alguno para su solicitud de tutela, pues se trata de un diagnóstico médico producto de un análisis profesional que arroja como resultado una restricción determinada que impide el desempeño del aspirante que ocupará definitivamente el cargo.

Aclaró que la controversia gira en torno a la normatividad que rige el concurso de mérito en la etapa de las pruebas médicas, pese a que esta se encuentra plenamente reglamentada en el Acuerdo rector del concurso de méritos, a través de un acto administrativo de carácter general, respecto del cual el accionante cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertirlo ante la jurisdicción ordinaria. Por ello, la solicitud de tutela no es la vía judicial apropiada para cuestionar la legalidad de dicho acto administrativo.

Informó que el Acuerdo No. 2019000009543 del 20 de diciembre de 2019, modificado por el Acuerdo No. 20201000002396 del 07 de julio de 2020, por el cual se convocó el proceso de selección en el concurso abierto de méritos de los empleos vacantes al INPEC, es la norma vinculante y regula la Convocatoria No. 1356 de 2019. Advirtió que el Acuerdo rector y la OPEC establecieron de forma clara y detallada los requisitos del cargo, de los cuales tiene conocimiento el actor desde la publicación del Acuerdo rector del Concurso de méritos. Por lo anterior, enfatizó que los parámetros dispuestos no pueden ser modificados por situaciones particulares pues se transgrediría el principio de autonomía del proceso máxime si con la inscripción al concurso se conocen de antemano sus parámetros.

Que para el Cargo de Dragoneante del INPEC se tiene contempladas las siguientes etapas, señaladas dentro del Acuerdo No. 2019000009546 de 2019:

- i) Convocatoria y divulgación;
- ii) Adquisición de derechos de participación e inscripciones;
- iii) Verificación de requisitos mínimos;
- iv) Aplicación de pruebas;
- v) Valoración médica;
- vi) Curso art. 93 Dec. Ley 407 de 1994 y
- vii) Conformación lista de elegibles.

Y añadió que es la Universidad Libre de Colombia la entidad que opera la logística del concurso de méritos, siendo contratada para ello por la CNSC, quien realizó la verificación de los requisitos mínimos de cada uno de los participantes inscritos a la Convocatoria No. 1356 de 2019 del INPEC.

Asimismo, explicó que el 20 junio de 2021 se aplicaron las pruebas escritas; el 26 de agosto y 06 de septiembre de 2021 se adelantaron las pruebas físicas, cuyos resultados fueron publicados el 08 septiembre de 2021 y se habilitó el SIMO para las respectivas reclamaciones de aspirantes que estuvieran en desacuerdo con lo allí señalado; así el 30 de septiembre de 2021 se publicaron las respuestas y resultados definitivos que quedaron en firme.

Señaló, respecto a la valoración médica, que esta etapa se llevó a cabo entre el 19 de octubre y el 02 de noviembre del 2021, siendo publicados los resultados el 12 de noviembre de 2021, habilitándose el sistema SIMO durante el 16 y 17 de noviembre del 2021 para que, de igual manera, los participantes presentarán las reclamaciones que consideraran pertinentes. Que día 19 de noviembre siguiente, a través de SIMO, se publicó la citación para aquellos aspirantes que solicitaron la segunda valoración médica, misma que se adelantó del 22 al 26 de noviembre y cuyas reclamaciones fueron resueltas por la Universidad Libre de Colombia publicando el 06 de diciembre de 2021 las respuestas y resultados definitivos y actualmente, el proceso de selección se encuentra consolidando los resultados obtenidos por los aspirantes en el proceso de selección para publicar los listados con los aspirantes que serán convocados a Curso en la Escuela Nacional Penitenciaria.

Esbozó que, para el caso específico del accionante, la IPS Sensalud Integral emitió un concepto de resultado con restricciones razón por la cual este no continuó en el proceso de selección. Que, frente a tal hecho, interpuso la reclamación con No. 443754719 a través del aplicativo SIMO, indicando las mismas inconformidades y solicitando la realización de una segunda valoración médica. Agregó que la Universidad Libre de Colombia, en su calidad de operador revisó los exámenes practicados, en los cuales se determinó que presenta una estatura de 1.62 m, por lo que se confirmó la restricción para ejercer el cargo al que aspiraba, circunstancia que había sido identificada en primera valoración médica y por lo tanto no continuó en el concurso.

Informó al despacho que las inhabilidades derivadas la revisión médica, se encuentran reguladas en la Resolución No. 002141 del 09 de julio de 2019 *“Por medio del cual se actualiza el profesiograma”* cuyos requisitos son de cumplimiento indispensable para ingresar en la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC, constituyendo aquella valoración médica como un trámite previo y obligatorio para ingresar al Curso de Formación y complementación dentro del proceso de selección referido.

Recalcó que en el Anexo Modificador del Anexo No. 2 para el cargo de Dragoneante se estableció que la capacidad médica y psicofísica de los aspirantes se califican bajo los conceptos de “*sin restricción*” o “*con restricción*”, y de ser esta última la calificación obtenida el concursante será excluido del proceso de selección. Dicha valoración debe ser emitida por una entidad especializada contratada para tal fin.

En este mismo sentido, explicó la Resolución No. 002141 del 09 de julio de 2018 del INPEC fijó como requisito de aptitud física la estatura del aspirante la cual debe ser mínima de 1.66 m y la misma será evaluada al momento de la valoración médica, siendo la única valoración válida para el proceso de selección. Aclaró que dicha entidad hizo esta advertencia previamente a la inscripción de los aspirantes, por ello la Universidad Libre de Colombia y la IPS Salud Integral cumplieron estrictamente las normas que rigen el proceso de selección pues desarrollaron la valoración médica de cada uno de los aspirantes, incluida la del accionante, que fue tomada de manera presencial y se registró en la historia clínica por el profesional de la salud designado.

Agregó que el requisito de la estatura mínima siempre ha sido objeto de queja constitucional en el proceso de selección cuando ha sido la razón por la cual se excluyen los aspirantes, no obstante, las acciones de tutela han sido falladas a favor del INPEC toda vez que los aspirantes desde el principio del proceso de convocatoria tienen conocimiento que la estatura mínima es uno de los requisitos que se deben cumplir como criterio de selección.

Reseñó que conforme pronunciamientos del Consejo de Estado, aquella exigencia resulta admisible teniendo plena relación con las funciones a desarrollar, se encuentra soportado en estudios técnicos y médicos científicos y se ha puesto en conocimiento de los aspirantes. De esta forma la exigencia de la estatura está soportada en estudios técnicos de los requerimientos mínimos para el ingreso de personal que hará parte del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Explicó que, en el caso bajo estudio, el aspirante se presentó a su primera valoración médica el 22 de octubre de 2021, en la cual se le informó que se registró restricción por talla (1.62CMT) y en segunda valoración que se llevó a cabo el día 23 de noviembre de 2021 por la IPS Sensalud, se confirmó tal restricción, dado que no cumple con los estándares del profesiograma. Confirmado el resultado “*con restricción*”, publicado en el Aplicativo SIMO y se ratifica que el accionante, no continúa en el proceso de selección.

En cuanto a la publicación de los resultados de las pruebas médicas, se informó a través de la plataforma SIMO, con una antelación de cinco (5) días como se encuentra establecido, publicándose los resultados el día 12 de noviembre de 2021 y durante los días 16 y 17 de noviembre de 2021, no se presentó ninguna falla en el aplicativo y estuvo habilitado para las reclamaciones.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con la inconformidad del accionante respecto a la presunta vulneración de la reserva y custodia de la historia clínica por parte de la IPS Sensalud y la Universidad Libre de Colombia, aclaró que si se guardó tal reserva aunque se presentó una falla técnica en el aplicativo, que resulta ser ajena a la IPS, de esta forma una vez descubierta tal falla se tomaron las medidas necesarias por parte de la CNSC y de la Universidad Libre de Colombia, para proteger la información que goza de reserva.

Por otro lado, enfatizó que acceder a las pretensiones del accionante resultaría en aceptar que los términos procedimentales quedan a la voluntad de cada uno de los concursantes del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 para el Cuerpo de Custodia del INPEC, pues serían los aspirantes quienes establecerían los términos del Concurso, aunado a que el proceso de selección resultaría interminable y estaría a merced de los aspirantes.

Finalmente explicó que el accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que reclama, debido a que no puede trasladarse la responsabilidad del aspirante, frente a sus condiciones de salud a la CNSC.

2.1.2. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

El 12 de enero de 2022, el Dr. José Antonio Torres Cerón – Coordinador Grupo Tutelas allegó contestación⁵, manifestando que la entidad responsable del concurso de méritos para proveer las vacantes de la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC, está bajo la directa responsabilidad de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, quien tiene las competencias legales para suscribir los contratos o convenios administrativos para adelantar las diferentes etapas.

Afirmó que, la normatividad con relación a los concursos de méritos, fue contemplada por el INPEC y por la CNSC, para definir los criterios a seguir en la

⁵ Cuaderno 1 Instancia. PDF 09

Convocatoria 1356 de 2019, sin la pretensión de favorecer intereses particulares, sino por el contrario lograra la equidad en la aplicación de la reglamentación.

Estableció que en atención a las pretensiones del accionante, no le corresponde al INPEC acceder a lo solicitado, por ser competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, de conformidad con el artículo 2 del Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, que expresa que el Concurso de Méritos para proveer las vacantes de la planta de personal del INPEC, estarán bajo la responsabilidad directa de esa entidad, en virtud de sus competencias legales para adelantar las diferentes etapas con la Universidad Libre.

Finalmente solicitó se declare improcedente la acción de tutela respecto de las pretensiones del accionante con relación a esa entidad, al no existir fundamento lógico Jurídico, violación o amenaza de derechos fundamentales por acción u omisión y adicionalmente, solicitó se declare falta de legitimidad en la causa por pasiva, ya que el INPEC no vulneró ningún derecho fundamental del accionante.

2.1.3. Aseguradora de Riesgos Laborales Positiva

Emitió contestación el día 18 de enero de 2022⁶, donde señaló que efectivamente Positiva Compañía de Seguros S.A., en sinergia con INPEC establecen un plan de trabajo anual definido, estructurado y centralizado desde la Dirección General en la ciudad de Bogotá y se hace extensivo a los establecimientos en el territorio nacional donde el INPEC tiene presencia, teniendo como base riesgos prioritarios, tendencia de la accidentalidad y necesidades puntuales de los establecimientos, adicional el único canal autorizado por parte de la entidad, donde se canalizan y realizan solicitudes en tema de seguridad y salud en el trabajo, es la coordinación del Grupo SST GUSST del INPEC.

De otro lado, indicó que frente a la pretensión del accionante encaminada a la nulidad en las decisiones administrativas relacionadas con el proceso de selección, la entidad no tiene injerencia alguna sobre procesos de selección de personal adelantados por el INPEC, siendo de su competencia exclusiva informar de manera detallada lo acontecido al interior del curso en mención, por lo cual, aduce no tiene legitimación en la causa para pronunciarse sobre las pruebas implementadas dentro del proceso de selección, así como tampoco de los resultados de la misma, pues estos, se guían por parámetros profesionales que son únicamente de conocimiento del INPEC, como entidad convocante, de acuerdo a la necesidad de los cargos que

⁶ Cuaderno 1 Instancia. PDF13

la misma entidad oferte, por lo cual solicitó su desvinculación del trámite.

2.2. Pronunciamiento de las autoridades vinculadas.

2.2.1. Universidad Libre de Colombia

En contestación del 11 de enero de 2022⁷, aceptó que el accionante cumplió con los requisitos mínimos exigidos en las etapas de verificación, etapa de pruebas y por lo anterior, se procedió a realizar la valoración médica. Que los resultados de esa valoración fueron publicados el 10 de noviembre de 2021 y que producto de una falla técnica procedieron a retirar los resultados y publicarlos nuevamente el día 12 de noviembre de 2021, otorgando un término para reclamaciones, esto es, podían ser presentadas dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, desde las 00:00 horas del día martes 16 de noviembre, hasta las 23:59 horas de día 17 de noviembre de 2021, de conformidad con los Anexos modificatorios No. 1 y 2 del Acuerdo Modificador de la Convocatoria No. 20201000002396 del 07 de julio de 2020.

Señaló que, el concursante formuló reclamación dentro del término establecido, a través del aplicativo SIMO, debido a que en su primera valoración médica, se le informó la restricción por talla (1.62 CMT).

Refirió que, en todo proceso de selección por concurso de méritos la Convocatoria es la regla a seguir tanto por la parte convocante como por los participantes, toda vez que constituye una norma reguladora que los obliga a todos y deben guiarse por los parámetros que aquella establece.

Aclaró que, el Acuerdo de Convocatoria del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 – Cuerpo de Custodia y vigilancia INPEC, al que se presentó la parte accionante, está regido por los principios de mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, imparcialidad, confiabilidad. Menciona que el concurso y estructura de selección tienen siete fases, siendo la valoración médica la quinta, así mismo menciona los requisitos que debe cumplir.

Aseguró que, el día 23 de noviembre de 2021, el aspirante se presenta a segunda valoración médica, en la que la IPS Sensalud, confirma la restricción señalada por talla (1.62 CMT), toda vez que su estatura no cumple con los estándares establecidos en el profesiograma.

⁷Cuaderno 1 Instancia. PDF 08

Conforme lo anterior, la reclamación fue respondida en el mes de diciembre de 2021, a través de oficio, publicado junto a los resultados definitivos de la valoración médica, a través de la página web de la CNSC y de la Universidad Libre. Que entre otras cosas se le señaló que la estatura mínima requerida para el cargo de Dragoneante, en los hombres es de 1,66 metros y que la misma se mantiene como un criterio de selección de ingreso.

Finalmente, en cuanto a la afirmación del accionante de que la IPS no guardó la reserva y custodia de la historia clínica, manifiesta que ocurrió una falla técnica en el aplicativo SIMO al momento de la publicación de los resultados, situación ajena a la IPS y, que evidenciada la falla, se tomaron las medidas necesarias e inmediatas por parte de la CNSC y de la Universidad Libre, para proteger la información que goza de reserva.

2.2.2. IPS Sensalud Integral SAS

Emitió contestación⁸, refiriendo que el aspirante Carlos Daniel Sánchez Pantoja, fue valorado el día 22 de octubre del año en curso (sic), para el proceso de selección en la modalidad de aspirante a dragoneante del INPEC. De la primera valoración se concluyó que el aspirante es apto con restricciones por talla, porque cuenta con 1.62 metros de estatura, y realizada la segunda valoración médica el día 23 de noviembre de 2021, se confirmó la talla establecida en la primera valoración, concluyendo que no cumple con la talla exigida para el cargo, según el Profesiograma y el documento de Inhabilidades de Salud y Seguridad Dragoneante Versión 4.0 2017.

2.2.3. Aspirantes a la Convocatoria No. 1356 de 2019 para proveer el Cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC

Pese a que fueron notificados en debida forma, guardaron silencio frente al trámite de tutela.

3. Medios Probatorios Relevantes

3.1. Por la parte Accionante

1. Constancia de inscripción del accionante a la Convocatoria INPEC 2020 (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 01. Pág. 19 a 20).

⁸ Cuaderno 1 Instancia. PDF 14

2. Reclamación realizada por el accionante denominada “*Reclamación especial y reporte de irregularidades por resultado VALORACIÓN MÉDICA*”. (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 01. Pág. 21 a 33).

3. Respuesta dirigida al accionante respecto de la reclamación presentada contra los resultados obtenidos en la Valoración Médica, en el marco del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 - Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 01. Pág. 34 a 48)

3.2. Por la Parte Accionada

3.2.1. Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC

1. Acuerdo No. CNSC - 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, “*Por el cual se establecen las reglas del proceso de selección para proveer definitivamente los empleos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la planta de personal del Sistema Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, identificado como “Proceso de Selección No. 1356 de 2019 INPEC Cuerpo de Custodia”* (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 07. Pág. 32 a 50).

2. Anexo No. 02 del ACUERDO No. CNSC 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019 (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 07. Pág. 51 a 67).

3. Acuerdo No 0239 de 2020 del 07 de julio de 2020, en el cual se modifican algunos artículos del Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019 (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 07. Pág. 68 a 77)

4. Documento denominado “*inhabilidades de seguridad y salud para el cargo de dragoneante*” (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 07. Parte 2)

3.2.2. Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC

1. Resolución No. 000090 del 18 de enero de 2017. (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 09. Pág. 7)

2. Resolución No. 002122 del 15 de junio de 2012. (Expediente Digital Electrónico.

Cuaderno 1 Instancia. PDF 09. Pág. 8 a 11).

3.2.3. Aseguradora de Riesgos Laborales Positiva

1. Escritura publica No. 0111 del 22 de enero de 2022. (Expediente Digital Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 13. Pág. 5 a 8)

4. Decisión de Primera Instancia

El Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Mocoa, a través de sentencia No. 029 del 18 de enero de 2022, resolvió negar la acción de tutela impetrada por Carlos Daniel Sánchez Pantoja, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y ARL Positiva.

Para arribar a esta determinación, el Juzgado de primera instancia estimó que, en relación con el cargo de Dragoneante, existe un perfil basado en un Profesiograma realizado por personal idóneo para tal fin que establece, entre otros aspectos relevantes para el desempeño del cargo, la talla, considerando que la mínima establecida será de 1.66 metros para hombres, pero en el caso particular el accionante, cuenta que unas medidas de 1.62 centímetros. Esta situación se evidenció en la primera valoración médica realizada el 22 de octubre de 2021 por la IPS Sensalud Integral, empresa contratada por la Universidad Libre de Colombia para tal fin, siendo este el personal idóneo para emitir un concepto médico.

Señaló el Despacho que tal circunstancia respecto a la estatura del actor fue ratificada en la segunda valoración médica, posterior a la reclamación y solicitud de segunda valoración por parte del aspirante, que se llevó a cabo el día 23 de noviembre de 2021.

Refirió que, como lo ha sostenido la Corte Constitucional tratándose de requisitos físicos como es el tema de la estatura, es viable que se exija el cumplimiento de ciertos requisitos para el acceso al cargo, excluyendo al aspirante en el caso de no cumplirlos, pero no de manera caprichosa sino en el sentido que aquellos sean indispensables para el cumplimiento de las funciones del cargo al cual aspira. Para ello, resulta indispensable para excluir un aspirante que este haya sido previamente advertido.

En este sentido, el Juzgado indicó que este requisito de publicidad se evidenció

desde el inicio del proceso de selección de la Convocatoria No. 1356 de 2019, regulada por el Acuerdo 20191000009546 de 2019 su Acuerdo modificatorio y sus anexos, pues estos fueron ampliamente publicados y todos y cada uno de los aspirantes, tuvieron acceso a la normatividad aplicable al proceso de selección en cuestión, y con ello se indicó ampliamente, que la estatura mínima de 1.66 metros, es indispensable para el cargo y de obtener un resultado en la valoración médica inferior al establecido, sería causal de exclusión del concurso como sucedió en este asunto.

Por estas razones, el despacho estimó que no encuentra vulneración de los derechos fundamentales del accionante en relación con la valoración médica y causal de exclusión del proceso de selección, porque incluso, acceder a la pretensión del accionante, en el entendido de dejar sin efectos su exclusión de la Convocatoria 1356 de 2019 y ordenar su continuidad en el concurso, sería violatorio del derecho a la igualdad de otros concursantes y defraudaría el principio de confianza legítima, del que está investido el concurso.

Por otro lado, referente al argumento esbozado por el actor en cuanto a la vulneración de su derecho a la intimidad y dignidad humana dado que su historia clínica fue difundida y entregada a otra persona, el Despacho no encontró prueba ni siquiera sumaria de la ocurrencia de tal suceso, toda vez que efectivamente hubo una divulgación errada de los resultados de algunos de los aspirantes al concurso a quienes se les remitió la historia clínica de otra persona, sin embargo, no existe certeza de que en el caso del accionante esto haya ocurrido así pues aquella afirmación obedeció a una inferencia del actor, teniendo en cuenta que si hubo un error que incluso fue rectificado rápidamente por las entidades accionadas, pero, reiteró el Juzgado, no hay certeza de que específicamente la historia clínica y resultados de la valoración médica del accionante hayan sido enviados a otro concursante, e incluso si esto hubiese ocurrido en relación con el accionante, la presunta vulneración desapareció en el momento en que la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre, procedieron a retirar la publicación y dar nueva fecha para publicar nuevamente los resultados de la valoración médica.

Por último, en lo que atañe a la afirmación del accionante de no tener conocimiento de los resultados de la segunda valoración médica, encontró el Despacho en el expediente se evidencia que los mismos fueron publicados en el aplicativo SIMO y que pueden ser visualizados por el actor, con su usuario y contraseña.

5. Impugnación

Encontrándose dentro del término legal, el accionante Carlos Daniel Sánchez Pantoja, el 26 de enero de 2022⁹ a través de correo electrónico presentó escrito de impugnación en contra de la decisión de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

Señaló que, el escrito de tutela no va dirigido al cuestionamiento u oposición a las normas que reglamentan el concurso, por el contrario, adujo que está invocando esas normas para demostrar que las accionadas le dieron un trato arbitrario e injusto, apartándose de las reglas que enmarcan ese concurso público.

Hizo énfasis en que se justifica sin negar la violación al derecho a la intimidad, al enviar su historia clínica a un destinatario que aún no se ha podido establecer, con una “falla técnica del sistema”, cómo si el sistema fuese un ser vivo que se puede auto determinar por sí solo, por lo cual, necesita conocer un mínimo de aproximación a la responsabilidad de las falla, porque el hecho tiene implicaciones penales de manipulación del sistema con consecuencias que se volvieron públicas y no conoce concretamente cuál fue el destino de su historia clínica en esa irregularidad información que precisamente le solicitó aclare a la CNSC en su reclamación.

Estimó que, la exclusión se presenta con absoluto desconocimiento de las reglas del concurso y finalmente de manera subjetiva se confirma la exclusión, sin emitir concepto técnico y científico que le explique las razones por las que sus condiciones físicas no le permiten cumplir las funciones del cargo aspirado y reiteró que la CNSC aún no publica el resultado definitivo, por lo que desconoce 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.

Finalmente, estableció que, si existiera la demostración técnica y científica que presenta restricción médico ocupacional para ocupar el cargo aspirado, no se debe proceder con la exclusión del concurso, porque la exclusión sólo procede bajo la demostración de “ALTERACIÓN MÉDICA”, lo que significa la existencia de una patología irreversible que para el caso “NO aplica”, puesto que, lo que las reglas denominan alteración médica, es el concepto o resultado únicamente aceptado cuando provenga de la entidad especializada contratada y no, por un funcionario de la CNSC.

⁹ Expediente Electrónico. Cuaderno 1 Instancia. PDF 18.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia funcional

Este Tribunal es competente para decidir la impugnación por ser el superior funcional del juez que profirió la decisión, siendo oportuna la presentación del recurso.

2. El problema jurídico

La controversia jurídica planteada se centra en resolver el siguiente interrogante:

¿Están siendo vulnerados los derechos fundamentales a la dignidad humana, intimidad personal, petición, mérito e igualdad de oportunidades y debido proceso administrativo de la parte actora, por parte de la Comisión Nacional del Servicio civil – CNSC, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y ARL Positiva, al excluirlo de la Convocatoria No, 1356 de 2019 INPEC para el cargo de Dragoneante, por no cumplir con la estatura mínima requerida para el cargo? Lo anterior para determinar si se debe confirmar, modificar o revocar el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Mocoa que negó la acción de tutela incoada por la parte actora.

3. Requisitos de Procedencia

Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 para que proceda la acción de tutela se requiere:

i. La presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares: Se cumple en el sub examine, toda vez que se invoca por la parte tutelante, los derechos fundamentales a la dignidad humana, intimidad personal, petición, mérito e igualdad de oportunidades y debido proceso administrativo; presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional Del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y ARL Positiva.

ii. Legitimación en la causa por activa: La ostenta el señor Carlos Daniel Sánchez Pantoja, quien actúa en nombre propio y es titular de los derechos fundamentales cuya protección se solicita en la acción de tutela.

iii. Legitimación en la causa por pasiva: La tiene la Comisión Nacional Del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y ARL Positiva, por cuanto se les imputa la presunta conducta violatoria de los derechos fundamentales deprecados por la parte accionante. Habiéndose vinculado, además, a quienes pudieran resultar afectados con la decisión, esto es, los demás participantes de la Convocatoria 1356 de 2019 para proveer los cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, la Universidad Libre de Colombia y la IPS Sensalud Integral SAS.

iv. Inmediatez: Implica que la solicitud de amparo debe interponerse en un término razonable, contado a partir del hecho que originó la presunta vulneración. Para el caso, se cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que el presunto acto vulneratorio de los derechos fundamentales deprecados por la parte actora, se originó a raíz del oficio No. 443754719 del **07 de diciembre de 2021**, por medio del cual la IPS Sensalud Integral S.A.S. dio respuesta a la reclamación presentada por el accionante contra los resultados obtenidos en la Valoración Médica, en el marco del Proceso de Selección No. 1356 de 2019 - Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC. Por tanto, si la acción constitucional fue radicada el día **06 de enero de 2022**, el tiempo transcurrido es prudencial y además, a tal fecha consideraba aún vulnerados los derechos fundamentales invocados.

v. Subsidiariedad: La cual impone a la parte actora haber agotado todos los medios ordinarios y extraordinarios de defensa judicial a su alcance, salvo que se busque evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

Recuérdese que el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, consagra las causales de improcedencia de la acción de tutela y entre ellas se encuentra la siguiente:

“Artículo 6. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, 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...”

Sobre el particular se ha referido en números pronunciamientos la Corte Constitucional, por ejemplo el criterio de la Corte se ha visto reflejado en la Sentencia T 375 de 2018, así:

“Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

13. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela, debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad: (i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) Cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.”

Respecto al ámbito administrativo, la jurisprudencia constitucional ha reiterado que, por regla general, la acción de tutela no procede para controvertir la validez ni la legalidad de los actos administrativos, en razón a que, la naturaleza residual y subsidiaria de este mecanismo constitucional impone al ciudadano la carga razonable de acudir previamente, a través de los respectivos medios de control, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con el fin de solucionar los conflictos con la Administración y proteger los derechos de las personas¹⁰.

En este sentido, la Corte manifestó en la Sentencia T – 030 de 2015:

“Que conforme al carácter residual de la tutela, no es, en principio, este mecanismo el medio adecuado para controvertir las actuaciones administrativas, puesto que para ello están previstas las acciones ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En ese escenario, la acción de tutela cabría como mecanismo transitorio de protección de los derechos fundamentales cuando quiera que esperar a la respuesta de la jurisdicción contenciosa administrativa pudiese dar lugar a un perjuicio irremediable.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-260 de 2018, M.P: Alejandro Linares Cantillo.

De igual forma, la Corte ha precisado que:

“(...) las acciones contenciosas administrativas son las vías judiciales ordinarias de defensa con que cuentan los asociados para enfrentar la ilegalidad de los actos administrativos acusados de vulnerar derechos fundamentales.”¹¹

Y se ha dicho además que:

“(...) La facultad de ejercer las acciones contencioso administrativas, acompañada de la posibilidad de solicitar que se decrete la suspensión provisional del acto impugnado, hace más cuidadoso y exigente el examen frente al evento de conceder la tutela como mecanismo transitorio, pues la persona interesada además de contar con un mecanismo de defensa judicial ordinario, tiene a su favor el derecho de formular una petición excepcional, eficaz y de pronta solución, como la de suspensión temporal del acto¹².”

En ese orden de ideas, se concluye que la acción de tutela se torna improcedente para dirimir controversias con ocasión a la expedición de actos administrativos, pues en la legislación colombiana se han consagrado otros medios de defensa judicial de los cuales se puede hacer uso para dirimir dichas controversias; salvo que la acción de tutela se use para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

A propósito del perjuicio irremediable, el máximo Tribunal Constitucional ha precisado que éste debe reunir las siguientes características:

“debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. (...) el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. (...) deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”¹³

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T-634 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

¹² Corte Constitucional, sentencia SU-544 de 2001

¹³ Providencia T-1316 de 2001, reiterada en el fallo T-135 de 2015, entre muchos más.

Bajo este recuento normativo y jurisprudencial y luego de hacer la revisión del material probatorio arrimado al proceso, la Sala estima que el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa para reclamar los derechos fundamentales invocados, aunado a que tampoco se predica en el asunto la configuración de un perjuicio irremediable que amerite la intervención excepcional del juez constitucional, de ahí que se constate que la solicitud de amparo no cumple con el requisito de subsidiariedad.

Como sustento de lo anterior, se hace imperioso hacer un recuento de los hechos relevantes probados dentro del expediente. Se encuentra entonces:

Que el accionante se inscribió al empleo de Nivel Asistencial, Denominación: Dragoneante, Grado: 11, Código: 4114, identificado con código OPEC No. 129612 dentro de la Convocatoria No. 1356 de 2019 con la cual se van a proveer los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, siendo regulada por el Acuerdo 2019000009546 del 20 de diciembre de 2019¹⁴

Que fue informado por la Comisión Nacional del Servicio Civil a través de un comunicado en página web que se presentó una falla técnica en el aplicativo para la publicación de resultados de valoración médica efectuada el día 10 de noviembre de 2021, por lo cual fue necesario su retiro¹⁵. La falla consistió según informó el accionante en que se trocó la remisión de la valoración médica de un aspirante a otro aspirante. Como prueba de ello, trajo diversos chats de WhatsApp y captura de pantalla de la red social Facebook¹⁶

Que el día 12 de noviembre de 2021, se publicaron los resultados de la valoración médica, arrojando como resultado en el caso del actor que presentaba una restricción por su talla, toda vez que su estatura es de 1.62 CMT, razón por la cual fue excluido del concurso.

Que el accionante presentó reclamación a la valoración de antecedentes¹⁷, informando el reporte de las irregularidades que se presentó en la publicación de la valoración médica, por lo cual solicitó una segunda valoración médica y que además se informe la supuesta restricción médico ocupacional entrada y difundida al público.

¹⁴ Cuaderno 1 Instancia. PDF 01. Pág. 19 a 20.

¹⁵ Cuaderno 1 Instancia. PDF 01. Pág. 7.

¹⁶ Cuaderno 1 Instancia. PDF 01. Pág. 8 a 13.

¹⁷ Cuaderno 1 Instancia. PDF 01. Pág. 21 a 33.

Que la reclamación fue resuelta el día 07 de diciembre de 2021¹⁸, en la puntualmente se le indicó al accionante:

“En este sentido, dentro de la etapa de reclamaciones, la IPS que practicó los exámenes revisa nuevamente la documentación de cada aspirante con la rigurosidad científica y profesional, de tal manera que, de haberse producido alguna inconsistencia en el resultado publicado, se hacen las correcciones a que haya lugar; caso contrario se confirmará el resultado, lo cual se verá reflejado en los resultados definitivos.

Así las cosas, a partir de un error en la publicación de resultados completamente ajena a la IPS, atribuible a un sistema de información, no puede predicarse la invalidez de los resultados médicos, y menos aún desacreditar desde el punto médico – científico el concepto emitido, con la rigurosidad médica del caso. (...)

De esta manera, el procedimiento para la valoración médica ocupacional general del aspirante, adoptó los lineamientos antes descritos y fue adelantado por un profesional de la salud, con el perfil y el entrenamiento para el procedimiento, de tal forma que se pudo concluir que no cumple con la Estatura requerida, según se muestra en su historia clínica. Por consiguiente, se evidencia una restricción para el desempeño del empleo al cual aspira, de conformidad con lo señalado en el profesiograma dragoneante 4.0 2017 numeral 16.1.5 Valoración médica completa (...)

Teniendo en cuenta que usted solicitó de manera expresa una segunda Valoración Médica, se informa que fue citado. La IPS confirmó el concepto CON RESTRICCIÓN, toda vez presenta Trastorno del crecimiento. Los resultados definitivos los puede consultar en la página www.cnsc.gov.co enlace SIMO, ingresando con su usuario y contraseña.”

En cuanto a la irregularidad que puso de presente el actor, debido a la difusión indiscriminada de las historias clínicas se indicó que:

Es de iterar que, lo ocurrido fue una falla técnica del aplicativo en el momento de la publicación de resultados, situación completamente ajena a la IPS, razón por la cual, no son de recibo sus afirmaciones respecto del desconocimiento de la obligación de custodiar y guardar la reserva de las historias clínicas, dado que las entidades responsables del manejo de la información la han resguardado en los términos de la normatividad vigente.

¹⁸ Cuaderno 1 Instancia. PDF 01. Pág. 34 a 48.

Adicionalmente se ratifica que una vez evidenciada la falla técnica del aplicativo, se tomaron las medidas necesarias e inmediatas por parte de la CNSC y la Universidad de proteger la información que goza de reserva, por lo que no resulta cierto que la IPS haya desconocido las obligaciones que el aspirante manifiesta. (...) sobre este particular se aclara que, si bien es cierto, el día 10 de noviembre del año en curso, se presentó una falla técnica en la publicación de los resultados de Valoración Médica en el SIMO, una vez se evidenció dicha falla, la CNSC procedió a tomar las medidas correctivas retirando de manera inmediata dicha publicación e informando de tal situación a todos los aspirantes.”

Hechas las anteriores precisiones, se tiene que el Proceso de Selección No. 1356 de 2019 se encuentra reglado en el Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, modificado por el Acuerdo 0239 del 7 de julio de 2020, y los Anexos No. 1 y 2, con sus respectivos modificatorios, los cuales establecen los lineamientos y parámetros respecto de los cuales se lleva a cabo el concurso en mención, para proveer definitivamente los empleos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la planta de personal del Sistema Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC.

El artículo 3 del Acuerdo No. CNSC 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, se establecieron las siguientes fases para el desarrollo del concurso para aspirar al cargo de dragoneante:

“3.2 DRAGONEANTE.

1. Convocatoria y Divulgación
2. Adquisición de Derechos de Participación e Inscripciones.
3. Verificación de Requisitos Mínimos
4. Aplicación de pruebas
 - 4.1 Prueba de Personalidad
 - 4.2 Prueba de Estrategias de Afrontamiento
 - 4.3 Prueba de físico atlética
5. Valoración Médica
6. Curso de Capacitación (Art. 93 del Decreto Ley 407 de 1994)
 - 6.1. Curso de Formación teórico y práctico para varones
 - 6.2. Curso de Complementación teórico y práctico
7. Conformación de Lista de Elegibles.”

En el mismo acuerdo, se determinó en su artículo 7.1.2., los requisitos para participación y causales de exclusión para dragoneantes, así:

- “Ser ciudadano(a) colombiano(a)

- *Tener más de dieciocho (18) años y menos de veinticinco (25) años de edad, para la fecha de inicio de las inscripciones*
- *Cumplir con los Requisitos Mínimos del Empleo denominado Dragoneante, Código 4114, Grado 11, señalados en la OPEC del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-*
- *Acreditar resultado de los exámenes del ICFES Saber 11.*
- *Tener definida su situación militar*
- *No encontrarse incurso dentro de las causales constitucionales y legales de inhabilidad e incompatibilidad o prohibiciones para desempeñar empleos públicos, que persistan al momento de posesionarse en el evento de ocupar una posición de elegibilidad como resultado del concurso – curso abierto de méritos.*
- *Aceptar en su totalidad las reglas establecidas en el Proceso de Selección.*
- *Registrarse en el SIMO.*
- *Los demás requisitos establecidos en normas legales y reglamentarias vigentes.”*

Por su parte, el artículo 6 del Acuerdo No. 0239 de 2020 del 07 de julio de 2020, modificó el numeral 7.2.2., del artículo 7 del Acuerdo No. CNSC 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, determinó dentro de las causales de exclusión del proceso de selección para dragoneantes se encontraba “9 *Ser calificado con restricción en la Valoración Médica*”

Ahora bien, el anexo 2 del Acuerdo No. CNSC 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, estableció en su numeral 5.2., lo siguiente:

“5.2. Importancia y efectos del resultado de la valoración médica. *Con la valoración médica practicada a cada aspirante que supere el concurso, se analiza la aptitud médica y psicofísica, entendida ésta de manera general como la capacidad mental y física que posee un ser humano para desempeñar una actividad u oficio. (...) La capacidad médica y psicofísica de los aspirantes a ingresar como alumno de la Escuela Penitenciaria Nacional, se califica bajo los conceptos de **APTO Y NO APTO** (...)*

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.

ESTATURA MÍNIMA Y MÁXIMA DE LOS ASPIRANTES. *De conformidad con la Resolución No. 002141 del 09 de julio de 2018 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: 1.66m y Máxima: 1.98 m

(...) La Comisión Nacional del Servicio Civil recomienda que el interesado que no cumpla con los estándares de estatura mínima y máxima aquí precisados, no se inscriba en el proceso, so pena de ser excluido” (Subrayado fuera del texto original)

Bajo estas circunstancias, es claro que no se puede acoger las pretensiones del impugnante, si en cuenta se tiene que la decisión de excluirlo del concurso de méritos – Proceso de selección No. 1356 de 2019 para proveer definitivamente los empleos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia de la planta de personal del Sistema Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, no es fruto de una actuación irrazonable, arbitraria o desproporcionada, por el contrario obedeció al cumplimiento irrestricto de los parámetros expuestos en los acuerdos rectores de la convocatoria, donde se determinó con claridad que el no cumplimiento de la estatura requerida para el cargo seleccionado, conllevaba a la exclusión del concurso.

Es de acotar además, que las disposiciones relativas con los requisitos y condiciones exigidas para los cargos ofertados, fueron conocidas con antelación por todos los participantes y a dichas reglas decidieron someterse al aspirar a los diversos cargos ofertados, máxime cuando la Comisión Nacional del Servicio Civil recomendó a los interesados que no cumplan con los estándares de estatura mínima y máxima, que no se inscriban en el proceso, so pena de ser excluidos, según se observa de la lectura del numeral 5.2 del anexo 2 del Acuerdo No. CNSC 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019.

Luego entonces, no es dable que el accionante pretenda a través de esta acción constitucional deslegitimar el motivo de su exclusión atribuyéndolo a la falla técnica ocasionada en la publicación de los resultados de la valoración médica del 10 de noviembre de 2021, pues desconoce con ello que existen unos estándares determinados que debía cumplir para poder acceder al cargo de dragoneante, que se itera, fueron expuestos con suficiencia en los acuerdos rectores de la convocatoria, los cuales además fueron aceptados con su inscripción, con se menciona en el numeral 4 del artículo 1 del anexo referenciado, así “*con la inscripción, el aspirante acepta todas las condiciones establecidas para este proceso de selección, en concordancia con las disposiciones contenidas en el numeral 4, de los Requisitos Generales de Participación, del artículo 7 de los Acuerdos que lo regulan*”

De ahí que no encuentra esta Colegiatura ningún nexo causal entre el intercambio de las historias clínicas de algunos participantes y la exclusión del accionante, puesto que la misma obedeció a una causal objetiva, como lo es, no cumplir con la estatura requerida para el cargo de dragoneante, aspecto que fue confirmado además, en la segunda valoración médica realizada al accionante y que se le informó en la respuesta a la reclamación por el presentada, que podía ser visualizada a través del aplicativo SIMO, debiendo ingresar con su usuario y contraseña.

Es importante destacar además, que dentro del expediente no se encuentra acreditado que en efecto la historia clínica del actor haya sido remitida a otro aspirante o que se haya generado alguna afectación a derechos fundamentales con esta presunta divulgación, al ser el accionante objeto de señalamientos o juzgamientos por parte de terceros. Precisamente sobre la afirmación del actor de divulgación de las historias clínicas, en la respuesta a su reclamación se le informó *“(...) se precisa que los resultados no fueron publicados de manera masiva, ni indiscriminadamente con la finalidad de poner en conocimiento de terceros, como lo manifiesta el aspirante. El intercambio de algunos resultados, obedeció exclusivamente a una falla de técnica del aplicativo SIMO. Lo que sí es reprochable, es la conducta de algunos aspirantes que asumieron actitudes a los principios que como participantes les asiste.”*¹⁹

Adicionalmente, tampoco advierte esta Colegiatura que la historia clínica, contenga información sensible de los aspirantes, como por ejemplo, su orientación sexual, enfermedades catastróficas, entre otros datos que directa o indirectamente pudieran conducir a que se presente discriminación o marginación, situación de la cual se podría eventualmente entrar a estudiar una posible vulneración a la intimidad del actor, pero nada de eso ocurre en este caso, dado que la argumentación del accionante es que por el hecho de haberse presentado esta falla en el sistema, no se lo debe excluir del concurso, puesto que su derecho a la intimidad se vulneró, hecho que se itera no se demostró fuera consecuencia del otro, ni que existiría vulneración de este derecho.

En estos términos, es de recalcar que al encontrarnos frente a una determinación considerada como un acto administrativo definitivo, a la luz del artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, debido a que se decidió de manera puntal sobre la permanencia del accionante dentro del concurso de méritos tantas veces referenciado, el accionante cuenta con un mecanismo judicial idóneo y eficaz para el restablecimiento de los

¹⁹ Cuaderno 1 Instancia. PDF 07, pág. 17 al 31

derechos que estima conculcados y atendiendo además que no existe prueba alguna para considerar que el accionante no se encuentre en condiciones de soportar un proceso judicial, pues no se revelan circunstancias especiales en que se encuentre el actor (avanzada edad, estado grave de salud o precarias condiciones de salud) que permitan entrever que es necesaria la intervención del juez constitucional, pues más que mencionar que se configura un perjuicio irremediable por el hecho de haberse divulgado su historia clínica, lo cual a su modo de ver invalida el resultado obtenido en la valoración de antecedentes, no existe prueba de ello en el plenario, por el contrario se acreditó que la exclusión estaba fundada en las reglas del concurso, de modo que, no se hace evidente la existencia de un daño o perjuicio de tal magnitud que requiera que se tomen medidas urgentes para su protección, por tanto, no se constata una afectación iusfundamental.

Para robustecer lo discernido hasta el momento, huelga precisar que el Órgano de Cierre de la Jurisdicción Constitucional, ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la posibilidad de la Administración de exigir requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera, al igual que sobre la viabilidad de establecer el cumplimiento de tales exigencias en los concursos que se desarrollen.²⁰. Precisamente, en una de las primeras sentencias sobre la materia, sentencia T-463 de 1996 la Corte indicó que:

“(...) la persona humana en su esencia es ofendida cuando, para el desempeño de actividades respecto de las cuales es apta, se la excluye apelando a un factor accidental que no incide en esa aptitud. // [Sin embargo, [las] entidades estatales y privadas, y por supuesto los cuerpos armados pueden exigir requisitos para (...) desempeñar determinadas tareas, siempre que –como ya se dijo– guarden relación con las labores del cargo.”

En un pronunciamiento más reciente, la Corte Constitucional, consideró que:

*“(...) puede indicarse que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección, como lo es la estatura mínima, pueden ser razonables, legítimas y pertinentes, siempre que exista un fundamento científico o médico que acredite dicha posibilidad. No obstante, pueden ser cuestionables los requisitos requeridos cuando se encuentren en contravía del orden constitucional. En efecto, para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucional, debe, como mínimo ser: (i) **razonable**, donde no implique discriminaciones injustificadas entre las personas; (ii) **proporcional** a los fines para los cuales se establece; y (iii) **necesario**, en la que se*

²⁰ Sentencias T-463 de 1996, T-1098 de 2004, C-452 de 2005, T-1266 de 2008, C-403 de 2010, C-820 de 2010, T-045 de 2011 y T-257 de 2012.

justifique la relación que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo.”²¹

Así las cosas, resulta claro en este caso, que el accionante conocía las condiciones planteadas en la Convocatoria 1356 de 2019 para proveer cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC en la que se señaló que ser declarado médicamente “*con restricción*” implicaba la exclusión del proceso de selección para el concurso, que las condiciones establecidas eran iguales para todos los interesados, es decir, sin discriminación de ningún tipo, y además que está plenamente justificada la condición de la estatura mínima, sin que se pueda pasar por alto que la convocatoria contiene las reglas sobre las cuales se desarrollan todas las etapas del concurso, reglas que son de obligatorio cumplimiento tanto para la administración pública como para los participantes, en aras de garantizar efectivamente la igualdad de todos los concursantes.

Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia T-588 de 2008, afirmó: “...*una vez definidas las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, para evitar arbitrariedades o subjetivismos que alteren la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que de manera general se han fijado en orden a satisfacer los objetivos del concurso. De este modo, el concurso se desenvuelve como un trámite estrictamente reglado, que impone precisos límites a las autoridades encargadas de su administración y ciertas cargas a los participantes.*”

Por consiguiente, el hecho de que el accionante fuese excluido por no cumplir con la estatura mínima establecida para el cargo al que se inscribió y, por ende, quedara por fuera del proceso de selección No. 1356 de 2019, no es una actuación que per se vulnere sus derechos fundamentales, ni justifique de ningún modo que se pueda conceder el amparo solicitado, puesto que obedeció a las reglas fijadas en los acuerdos rectores de la convocatoria, máxime cuando no se vislumbra del material probatorio obrante en el expediente la existencia de un perjuicio irremediable que se pudiese ocasionar eventualmente con tal determinación o, la falta de idoneidad de los mecanismos judiciales, donde el accionante tiene la posibilidad de ventilar sus pretensiones ante el juez ordinario, pudiendo hacer uso, para mayor eficacia, de las medidas cautelares que el ordenamiento prevé.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia T 438 del 2018

Además de lo anterior, se advierte que las autoridades accionadas, le han dado el curso normal al proceso de selección respetando las reglas fijadas en los Acuerdos regentes de la convocatoria, pues luego de realizar la correspondiente valoración médica de los aspirantes, se notificó el resultado de la misma y se concedió el término para que se presenten las debidas reclamaciones, haciendo el actor uso de esta herramienta, siendo resuelta en debida forma su reclamación el día 07 de diciembre de 2021, e incluso se otorgó al actor la posibilidad de una segunda valoración médica, que confirmó el resultado inicial, de lo cual se desprende que no se ha transgredido el derecho al debido proceso administrativo del actor ni algún otro derecho fundamental.

Es importante resaltar que la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario y ha sido concebida únicamente para dar solución efectiva a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro medio idóneo de defensa, o existiéndolo, no resulte oportuno frente a la protección requerida; o como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable a una garantía fundamental, situación que dentro del presente asunto no se logró demostrar, toda vez que en el plenario no obran pruebas fehacientes de las que se desprenda la inminencia de un perjuicio irremediable que amerite la especial intervención del juez constitucional.

En ese orden, en principio, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente que reemplace los mecanismos ya previstos, o como instancia judicial adicional de protección.

Bajo esa línea de pensamiento, esta Judicatura concluye que al no haberse agotado por parte del actor los mecanismos ordinarios que la ley le ofrece y al no haber acreditado la ocurrencia perjuicio irremediable que amerite la intervención del juez de tutela para la protección inmediata de las garantías fundamentales deprecadas, la presente acción constitucional se torna improcedente a la luz de lo dispuesto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

En estas condiciones, la Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia proferida 18 de enero de 2022, por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Mocoa, para en su lugar declararse improcedente la presente acción de tutela.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MOCOA-PUTUMAYO, SALA ÚNICA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 18 de enero de 2022, por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito de Mocoa, para en su lugar **DECLARAR** improcedente la acción de tutela presentada por Carlos Daniel Sánchez Pantoja en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y Aseguradora de Riesgos Laborales Positiva, de conformidad con los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO. NOTIFICAR esta providencia a todas las partes intervinientes por el medio más eficaz y expedito.

TERCERO. REMITIR el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme a los lineamientos establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


GERMÁN ARTURO GÓMEZ GARCÍA
Magistrado


HERMES LIBARDO ROSERO MUÑOZ
Magistrado

(Ausencia Justificada)
ORLANDO ZAMBRANO MARTÍNEZ
Magistrado