

**JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DE
IPIALESIPIALES - NARIÑO**

Ipiales, tres (3) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Ref. Acción de Tutela N° 2021 – 00197 - 00

Accionante: BRAYAN ALEXANDER BASTIDAS ACOSTA
Accionados: COMISION NACIONAL DEL SERVICIO
CIVIL,
INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –
INPEC y la ARL POSITIVA.

1.- ASUNTO A TRATAR:

De conformidad con lo previsto por el artículo 29 del Decreto 2591 de 1991, este Despacho procede a fallar la solicitud de tutela, instaurada por el ciudadano BRAYAN ALEXANDER BASTIDAS ACOSTA, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y la ARL Positiva, con el fin de que se protejan los derechos fundamentales a la Dignidad humana, intimidad personal, mérito e igualdad de oportunidades, debido proceso administrativo. Fallo que se profiere tras haberse subsanado la nulidad de lo actuado declara por nuestro superior funcional.

2.- ANTECEDENTES:

2.2. PRETENSIONES:

El accionante a través de su escrito de tutela solicita amparar sus derechos fundamentales, enmarcados en el principio de la dignidad humana, intimidad personal, acceso al empleo público, igualdad, derecho de petición, debido proceso, entre otros. Así como los principios de confianza legítima y la primacía de la Constitución y el mérito, en consecuencia, solicita ordenar a las entidades accionadas que procedan:

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil, provisionalmente, deje sin efectos la decisión de excluir al actor de la Convocatoria 1356 para proveer cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, así permitir al accionante pueda continuar en las etapas restantes del concurso.

2. La Comisión Nacional del Servicio Civil adelante la actuación administrativa que determine las responsabilidades en el envío de la historia clínica del accionante a un tercero, informándole 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 se le facilite la tutela jurisdiccional efectiva a través de los mecanismos que la ley le otorga.

3. La Comisión Nacional del Servicio Civil, dé a conocer al accionante, el resultado de la segunda valoración para la cual el actor pagó nuevamente el valor de los exámenes.

4. El INPEC y la ARL POSITIVA, informe al accionante las razones de por qué NO instruyó al personal médico pre ocupacional 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).

5. Entre el INPEC y la ARL POSITIVA deberán establecer las posibles recomendaciones de salud ocupacional con las que debo ejercer el cargo del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

2.2.- HECHOS:

El accionante fundamenta su acción de amparo constitucional en los hechos que a continuación se resumen:

2.2.1.- Acorde con la documentación subida a la plataforma SIMO, REPORTE DE INSCRIPCIÓN, el accionante afirma que cumple con los requisitos para el cargo de dragoneante del INPEC, de acuerdo a las reglas de la Convocatoria 1356 y por ello accedió a la valoración médica en el mes de octubre de 2021.

2.2.2.- El procedimiento que el accionante lo califica como irregular, se puede identificar a través de las publicaciones en la página web de la CNSC, finalizando el año 2021 con el cual se pretende excluir al accionante por la supuesta identificación de una restricción médico ocupacional.

2.2.3.- Inicialmente con fecha veintinueve (29) de octubre, se anunció que los resultados de la valoración médica serían publicados el ocho (8) de noviembre, esto es con los cinco (5) días de anticipación, como lo establecen las reglas del concurso: ANEXO MODIFICATORIO DEL ANEXO No. 1 ASCENSOS Acuerdo No. CNSC 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, Modificado por el Acuerdo No. 0239 del 7 de julio de 2020 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 2020. (Numeral 5.4)

2.2.4.- Que el 8 de noviembre, se informó que se publicarían los resultados el 10 de noviembre. Ello significa que se invalidó el primer aviso informativo y se está anunciando una nueva fecha de publicación con dos (2) días de anticipación, ya por fuera de las reglas del concurso.

2.2.5.- El 11 de noviembre, se informó que todas las anteriores publicaciones se invalidan por el error, que lo denominan “falla técnica” y se anuncia que se informará la nueva fecha de publicación con posterioridad. Lo que hace entender que todo queda sin efectos y para la nueva publicación se cumplirían las reglas del concurso.

2.2.6.- El doce (12) de noviembre, se informó que ese mismo día serían publicados los resultados, efectivamente se publicaron a altas horas de la noche. Hecho que contradice las reglas del concurso, porque debió anunciarse con cinco (5) días de anticipación y no con precarias horas de anticipación.

2.2.7.- El hecho que denomina la administración del concurso “fallas técnicas” y que lo sostiene y lo confirma en la respuesta a la reclamación, sin darle la importancia que le corresponde, fue la difusión irregular y discriminada de las historias clínicas a través de SIMO y con destino a terceros. Porque en el caso del accionante se subió una historia clínica de otro aspirante, sobre la que guarda reserva y desconoce a qué aspirante le enviaron la del actor.

Pero otros aspirantes recibieron las historias clínicas que no

les correspondía, las difundieron por las redes sociales y grupos de WhatsApp, informando que tenían la historia clínica de determinado aspirante y que la canjeaba con la suya, entre muchos otros destinos de la información que constitucionalmente debía ser reservada.

2.2.8.- Aunque la CNSC acepta la irregularidad intentando quitarle importancia refiriéndose a ella como un “FALLA TÉCNICA”, se permite compartir algunos ejemplos, como prueba sumaria de la circulación de las historias clínicas por las redes sociales.

2.2.9.- Que la publicación realizada el doce (12) de noviembre da cuenta de la primera valoración en la que NO se identificó una restricción médica, publicada en SIMO, aún sin conocer el resultado de la segunda valoración, continúa sin actualizar.

2.2.10.- En la oportunidad respectiva se subió la reclamación (16-7 noviembre), haciendo referencia a todas las irregularidades y, solicitando expresamente a la CNSC que adelante la actuación administrativa que le permita tener claridad sobre las responsabilidades.

2.2.11.- La respuesta a la reclamación, fue publicada el 7 de diciembre, pero no resuelve de fondo el reporte generalizado de irregularidades, porque le reduce importancia al calificarlo como un error atribuible al sistema de información, como si este fuese un ENTE que se maneje o dirija solo. No niega la violación de la reserva y custodia de la historia clínica, del actor, pero anuncia que no hará nada por reparar el daño.

2.2.12.- La respuesta a través de SIMO, mantiene la SUPESTA RESTRICCIÓN, pero no se emite concepto técnico y científico por parte de la entidad médica especializada contratada, en contravía una vez más de las reglas del concurso, cuando anuncia que es la única entidad facultada para otorgar este concepto. Pese a que se lo obligó a pagar nuevamente el valor de los exámenes, tampoco en SIMO, ni por ningún otro medio le han comunicado los resultados de la segunda valoración. (Numeral 5.2 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 2020 y el mismo numeral del ANEXO MODIFICATORIO DEL ANEXO No. 1 ASCENSOS Acuerdo No. CNSC 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, Modificado por el Acuerdo No. 0239 del 7 de julio de 2020).

2.13.- No existe evidencia de que el empleador, entidad interesada INPEC, en coordinación con la ARL POSITIVA hayan instruido al personal médico encargado de la valoración pre ocupacional, 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.

2.14.- Informa que cuando definió su situación militar como AUXILIAR DE LA POLICÍA NACIONAL, CON CONCEPTO DE APTO SIN RESTRICCIÓN, para desempeñar funciones MUCHO MÁS EXIGENTES a las del cargo de DRAGONENATE del INPEC, con exposición a MAYORES riesgos físico y psicosociales, en cuyo cumplimiento no tuvo inconveniente alguno y por el contrario cumplió el servicio militar y se destacó con conducta EXCELENTE:

2.3.- DERECHOS PRESUNTAMENTE VIOLADOS:

El accionante considera que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, ha vulnerado sus derechos fundamentales a la dignidad humana, intimidad personal, acceso al empleo público con igualdad de oportunidades, derecho de petición, debido proceso administrativo, así como los principios de la confianza legítima y el mérito en igualdad de condiciones.

3.- ACTUACIÓN PROCESAL:

3.1.- Inicialmente esta judicatura falló la presente acción de amparo en sentencia proferida el 13 de enero hogaño, fallo que fue impugnado por el extremo accionante, y en dicho trámite nuestro superior funcional declaró la nulidad de lo actuado pues, a dicho trámite no se vinculó a los demás aspirantes inscritos en la convocatoria No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, modificado por el Acuerdo 0239 del 7 de julio de 2020.

En obediencia de lo dispuesto por la H. Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, esta judicatura través de providencia del pasado 18 de febrero de 2022, dispuso avocar el conocimiento del presente asunto, obedecer lo resuelto por nuestro superior funcional, admitió a trámite la acción de tutela interpuesta; en dicha providencia se dispuso además vincular a la Universidad Libre de Colombia, a la IPS SENSALUD INTEGRAL SAS y a los demás aspirantes de la Convocatoria No. 1356 de 2019, para proveer cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, Se decidió tener como pruebas los documentos aportados con el libelo tutelar y se decretó algunas pruebas consideradas necesarias para poseer mayores elementos de juicio para resolver la acción de amparo.

3.2.- PRONUNCIAMIENTO DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS y VINCULADAS.

3.2.1.- COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC.

La CNSC alega que la acción de tutela es improcedente, por cuanto el accionante tiene a su disposición los medios de control de nulidad y, de nulidad y restablecimiento del derecho previstos en la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), para controvertir el no poder presentar etapa de pruebas médicas dentro del concurso INPEC 800 de 2018, cuando no cumple con los requisitos, que es lo que motiva esta acción.

Afirma que, en el presente caso, el accionante no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en concreto; pues, no existe perjuicio irremediable en relación con la posibilidad de controvertir la aplicación de pruebas médicas, porque para ello bien puede acudir a los mecanismos judiciales ordinarios previstos en la ley, por lo tanto, resulta evidente la improcedencia del amparo. Pues las reglas del concurso, las mismas deben aplicarse de manera rigurosa, lo anterior, para evitar arbitrariedades que puedan afectar la igualdad o que vayan en contravía de los procedimientos que fueron fijados para cumplir a cabalidad con el concurso. En este sentido, el concurso se desarrolla con sujeción a un trámite reglado, en donde se impone no solo límites a las entidades encargadas de administrarlos sino también ciertas cargas a los participantes.

Que en el presente asunto la Comisión Nacional del Servicio Civil procedió a adelantar el Concurso Abierto de Méritos para proveer definitivamente

empleos vacantes del Cuerpo de Custodia y Vigilancia. Para lo cual la Universidad Libre, fue contratada por la CNSC en virtud de la Licitación Pública No. 003 de 2020, realizó Verificación de Requisitos inscritos en la convocatoria No. 1356 de 2019 - INPEC publicaron en la página www.cnsc.gov.co enlace SIMO.

Posteriormente, el 10 de mayo de 2021 se informó en la página SIMO que el 20 de junio de 2021 se aplicarían las pruebas escritas de Personalidad y Estrategias de Afrontamiento.

conforme al Acuerdo No. 20191000009546, se publicaron los resultados preliminares de las pruebas escritas, y se dieron 5 días para presentar reclamos.

En cuanto a la etapa de la Valoración Médica, 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.

El día 19 de noviembre de 2021 a través de SIMO, se publicó la citación a todos los aspirantes que solicitaron Segunda Valoración Médica, se llevó a cabo entre los días 22 al 26 de noviembre.

Sobre la situación del accionante, en el proceso de selección precisa que revisado el aplicativo SIMO el accionante se inscribió a el empleo Denominación: Dragoneante, Grado: 11, Código: 4114, identificado con código OPEC No. 129614 (Curso Formación).

El aspirante fue valorado por la IPS SENSALUD INTEGRAL la cual dio un concepto de resultado CON RESTRICCIONES, por lo que no continúa en el concurso.

.- Sobre los motivos que son objeto de reproche en el libelo de la tutela la CNSC expone que, el aspirante interpuso una reclamación con N° 443703144, solicitando la realización de una segunda valoración médica.

La Universidad libre como operador contratado, una vez revisó los exámenes practicados, determinó que presenta una estatura de 1.64 c.m. por lo tanto, en la respuesta dada, confirmó su restricción para ejercer el empleo, teniendo en cuenta que la misma había sido identificada en la primera valoración médica y por tanto no continúa en el concurso. Pues, 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.

La estatura de los aspirantes será establecida por el Médico Especialista en Salud Ocupacional, siendo ésta la única valoración válida para el proceso de selección. En este mismo sentido, en la Página 380 del documento actualizado de Inhabilidades de Salud y Seguridad DRAGONEANTE Versión 4.0 2017, establece: “La estatura será tomada al aspirante a DRAGONEANTE en el momento del examen médico en el consultorio, con pies descalzos y no se tendrá en cuenta la estatura referida en el Documento de Identificación”.

Agrega que, el Consejo de Estado ha manifestado al respecto que, la exigencia de estatura es admisible siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos” (i) se relacione con las funciones a desarrollar, (ii) esté soportado en estudios técnicos y médico-científicos y (ii) haya sido conocido por los concursantes antes de postularse para el cargo.” Para ello se analiza el caso concreto realizando el estudio de la convocatoria 335 de 2016 que regula el cargo de “Dragoneante”.

Por este motivo considera que el derecho a la igualdad no se ve vulnerado debido a que el requisito de tipo físico tiene su fundamento en la base del desempeño de funciones que requiere el cargo.

Sobre el segundo motivo de inconformidad del accionante, lo constituye el hecho de considerar que, atenta contra la confiabilidad del concurso el haberse publicado los resultados de la valoración médica el 12 de noviembre del 2021, y no el 8 de noviembre como inicialmente se indicó.

Sobre este particular es importante mencionar que se desarrolló conforme al numeral 5.4 de los anexos modificatorios, informa que la PUBLICACIÓN DE RESULTADOS se realizó así:

El día 29 de octubre se informó a los aspirantes mediante aviso publicado en la página de CNSC que el día 8 de noviembre se publicarían los resultados. Teniendo en cuenta esto podemos establecer que se les informó a los aspirantes la fecha de publicación de resultados con una antelación de 5 días hábiles y el día 8 de noviembre debido a reajustes del cronograma se informa a los aspirantes la nueva fecha de publicación, por lo que el 12 de noviembre de 2021, la CNSC y la Universidad Libre informan que durante el transcurso de día se publicaran los resultados, respetando los días 16 y 17 del mismo mes y año para interponer reclamos.

El **tercer motivo** de inconformidad del accionante lo constituye el hecho de considerar que, existió una presunta vulneración en la reserva y custodia de la Historia Clínica por parte de la IPSENSALUD y la Universidad Libre.

Sobre este punto se aclara que la IPS custodió y guardó la reserva de las historias clínicas, en cumplimiento a la ley 23 de 1981 y complementarias.

En consecuencia, se confirma el resultado CON RESTRICCIÓN publicado en el Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad. Por lo tanto, será excluido del proceso.

Concluye precisando que exigir requisitos de tipo físico para el acceso a los empleos ofertados en la Convocatoria INPEC no es violatorio del derecho a la igualdad de los aspirantes, toda vez que, dichos requerimientos tienen justificada su necesidad en las funciones a desempeñar-

Con fundamento en lo anterior, se solicita declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, toda vez que No existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil. En dado caso que el despacho considere que la presente acción de tutela es procedente, solicitamos sea negada la misma.

3.2.2.- LA UNIVERSIDAD LIBRE

La universidad libre presentó contestación de la demanda mediante apoderado judicial. Donde expresa:

En todo proceso de selección por concurso de méritos, la convocatoria es la regla por seguir tanto por la parte convocante como por todos y cada uno de los aspirantes.

En ese orden de ideas, el proceso de selección está regido por principios de mérito, libre concurrencia, igualdad, publicidad transparencia, especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección, imparcialidad, confiabilidad y validez. Tal como lo ha precisado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, *“...la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes, y como tal impone las reglas de obligatoria observancia para todos. En ella la administración impone los parámetros que guiarán el proceso y los participantes en ejercicio del principio de la buena fe y la confianza legítima, esperan su observancia y cumplimiento. La Corte Constitucional, sobre este particular, ha considerado que el Estado debe respetar y observar todas y cada una de las reglas y condiciones que se imponen en las convocatorias, porque su desconocimiento se convertiría en una trasgresión de principios axiales de nuestro ordenamiento constitucional, entre otros, la transparencia, la*

publicidad, la imparcialidad, así como el respeto por las legítimas expectativas de los concursantes. En consecuencia, las normas de la convocatoria sirven de autovinculación y autocontrol porque la administración debe “respetarlas y que su actividad, en cuanto a la selección de los aspirantes que califiquen para acceder al empleo o empleos correspondientes, se encuentra previamente regulada”¹

En ese orden de ideas, el proceso de selección es regido por los principios de mérito, libre concurrencia e igualdad en el ingreso, publicidad, transparencia, especialización de los órganos técnicos encargados de ejecutar los procesos de selección, imparcialidad, confiabilidad y validez de los instrumentos, eficacia y eficiencia, se expidió el Acuerdo de Convocatoria que rige el Proceso de Selección No. 1356 de 2019 - Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, en el que se presentaron los accionantes para el cargo mencionado en sulibelo de tutela.

Este acto administrativo, que, entre otras señala en su artículo quinto, las normas que rigen el concurso; la ley 904 de 2004 y sus decretos reglamentarios (Decreto ley 407 de 1994, Decreto ley 760 de 2005, Decreto 1083 de 2015, ley 1033 de 2006) y demás normas concordantes. Citando el artículo 3 el cual establece la estructura del proceso entre las cuales se encuentran las etapas del proceso entre las cuales se encuentran las fases del concurso para dragoneantes así

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 Competencias Laborales*
 - 4.2 *Prueba de Inteligencia Emocional*
 - 4.3 *Prueba de Valoración de Antecedentes*

5. Valoración Médica

6. *Curso de capacitación (Art. 93 del Decreto Ley 407 de 1994)*
7. *conformación de Lista de Elegibles*

En el artículo 7 el cual establece los requisitos de participación para Dragoneantes.

Que en el proceso de selección, el día 12 de noviembre se informa en la página oficial de la CNSC que los resultados serían publicados ese mismo día. También se informa que los aspirantes cuentan con 2 días hábiles siguientes para interponer reclamos en la página del SIMO dentro de los dos (2) días hábiles siguientes, es decir **desde las 00:00 horas del día martes 16 de noviembre, hasta las 23:59 horas del 17 de noviembre de 2021**, de conformidad con lo establecido en el numeral 5.5 de los Anexos Modificatorios Nos. 1 y 2 del Acuerdo Modificatorio de Convocatoria No. 20201000002396 del 07 de julio de 2020. Conforme a lo anterior, el accionante manifiesta que un motivo de inconformidad, lo constituye el hecho de considerar que, la restricción señalada por su estatura no reviste ninguna gravedad ni afectaría el desempeño de las funciones del cargo al cual se encuentra inscrito.

Al respecto, se informa que la capacidad médica y psicofísica de los aspirantes a ingresar curso de formación del INPEC, se califica bajo los conceptos de CON RESTRICCIÓN/SINRESTRICCIÓN.

El Acuerdo de Convocatoria No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, modificado por el Acuerdo 0239 del 7 de julio de 2020 (20201000002396), el Anexo No. 2 que rige el Proceso de Selección No. 1356 de 2019 - Cuerpo de Custodia y Vigilancia INPEC, expedido en el marco de la Ley 909 de 2004, Decreto Ley 407 de 1994, Decreto Ley 760 de 2005, y decretos reglamentarios, entre otros el Decreto 1083 de 2015,

¹ Cfr. Sentencia T-256 de 1995

además de lo dispuesto en ese mismo Acuerdo y demás normas concordantes.

En el ya citado acuerdo, artículo 7° numeral 7.2, se establece que:

SON CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE ESTE PROCESO DE SELECCIÓN: (...).

7.2.2 Para Dragoneantes.

(...)

9.- *Ser calificado con restricción en la Valoración Médica.*”

Y en el Artículo 18 que modifica el artículo 35 del Acuerdo No. 20191000009546 del 20 de diciembre de 2019, se estableció:

“ARTÍCULO 35. *La Escuela Penitenciaria Nacional de INPEC y la Comisión Nacional del Servicio Civil citarán a Curso de Formación o Complementación en estricto orden de mérito a los aspirantes que hayan superado las pruebas del Proceso de Selección de Dragoneantes por merito, y sean calificados sin restricción en la Valoración Médica.*”

Que en el Anexo Modificadorio del 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 Especifico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que hacen parte de la Convocatoria No. 1356 de 2019 Cuerpo de Custodia y Vigilancia, establece:

“1.1. CONDICIONES PREVIAS A LA ETAPA DE INSCRIPCIONES EN LA MODALIDAD DE CONCURSO ABIERTO.

(...)

c) *Con la inscripción, el aspirante acepta todas las condiciones y reglas establecidas para este proceso de selección, consentimiento que se estipula como requisito general de participación de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo que regula la convocatoria.*

(...)

5.2 Importancia y efectos del resultado de la Valoración Médica.

(...)

*Será calificado **con restricción** el aspirante que presente alguna alteración médica de conformidad con lo lineamientos definidos por el INPEC en el Profesiograma establecido para el empleo de Dragoneante, documento que hace parte integral del proceso de selección, y que derivará en su exclusión del proceso de selección.*

*El aspirante que obtenga calificación definitiva **CON RESTRICCIÓN** en la Valoración Médica será excluido del proceso de selección en esa instancia.*”

El Accionante en el proceso de selección, el aspirante fue valorado el día 20 de octubre del año en curso, se presentó a su primera valoración, en la cual se le informó que tenía restricción por TALLA.

Que el día 12 de noviembre de 2021, se publicaron los resultados de la primera valoración médica en el aplicativo SIMO.

Inconforme con los resultados publicados, el accionante formuló oportunamente reclamación.

El día 22 de noviembre de 2021, el aspirante se presenta a segunda valoración médica, en la cual la IPS SENSALUD, confirma la restricción señalada por talla, ya que su estatura es de 1.64 CMT no cumple con los

estándares establecidos por el profesiograma.

La reclamación fue respondida mediante oficio con fecha diciembre de 2021, publicado junto a los resultados definitivos de la valoración médica, a través de la página web de la CNSC y de la Universidad.

Informándole que, con respecto al criterio de la estatura se le recuerda al aspirante lo establecido en el numeral 5.2, del Anexo Modificatorio, 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 2018² 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

Mujeres mínima: 1,58 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 y máxima aquí precisados, no se inscriba en el proceso, so pena de ser excluido.

Por lo anterior, se aclara que, para efectos de la valoración médica en el presente Proceso de Selección, se tuvo en cuenta lo establecido en el Profesiograma Dragoneante, Versión 4.02017, páginas 187 y 188, el cual dispone:

(...)

Todo aspirante a ingresar a la Escuela Penitenciaria debe cumplir con el perfil profesiográfico establecido y someterse al régimen interno del Instituto.

(...)

Aunque la estatura mínima y máxima siempre han sido parte de las dificultades y tutelas por parte del aspirante cuando se le ha negado el ingreso al curso por una de ellas, se resalta el hecho de que para esta nueva versión de los profesiogramas se retiró la altura máxima como una inhabilidad, dejando solo las referentes al gigantismo 225 cm como razón excluyente.

(...)

En conclusión, Revisados nuevamente los documentos de su valoración médica, se determina que en efecto su estatura no se encuentra dentro del rango mínimo exigido para el empleo de dragoneante (...)"

Como se expresó anteriormente, se reitera, que el accionante al momento de inscribirse en el proceso de selección de la convocatoria, conocía los requisitos mínimos que debía cumplir para acceder al cargo que se ofertaba.

En relación con lo anterior, igualmente la Corte Constitucional en sentencia T-438 de 2018, sostuvo que, tanto las instituciones públicas como privadas pueden exigir requisitos físicos que deban ser cumplidos por los aspirantes para acceder a cargos de carrera, y que el no cumplimiento de alguno de tales requisitos da lugar a la exclusión del aspirante al concurso, lo cual no vulnera derecho fundamental alguno.

Respecto del segundo motivo de inconformidad del accionante lo constituye el hecho de considerar que, atenta contra la confiabilidad del concurso el haberse publicado los resultados de la valoración médica el 12 de noviembre del 2021, y no el 8 de noviembre como inicialmente se indicó.

Sobre este particular se precisa que la publicación de la Valoración Médica se realizó conforme lo dispone el numeral 5.4 el Anexo Modificadorio del Anexo 2 Dragoneante de los Acuerdos de Convocatoria, en donde se establece:

“5.4 PUBLICACIÓN DE RESULTADOS.

En la fecha que disponga la CNSC, que será informada con una antelación no inferior a cinco (5) días hábiles, en el sitio web www.cnsc.gov.co, enlace SIMO se publicará mediante PDF, el resultado de la valoración de exámenes médicos "Proceso de Selección No. 1356 de 2019 - INPEC Cuerpo de Custodia".

Que, sin embargo, a raíz de una falla técnica del aplicativo SIMO, los resultados se publicaron el día 12 de noviembre, cumpliéndose a cabalidad con los cinco días hábiles de anticipación establecidos en el reglamento del Proceso de Selección.

Por lo tanto, los términos dispuestos en el reglamento del concurso se respetaron, y se concedieron los dos días hábiles para reclamar.

Sobre el tercer motivo de inconformidad del accionante lo constituye el hecho de considerar que, existió una presenta vulneración en la reserva y custodia de la Historia Clínica por parte de la IPS SENSALUD y la Universidad Libre.

Aclar Sobre este punto se aclara que la IPS custodió y guardó la reserva de las historias clínicas, en el marco de las normas que regulan la materia y realizó la etapa de Valoración Médica con el cumplimiento de las normas de ética médica contempladas en la Ley 23 de 1981 y complementarias.

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 sonde 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.

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.

Alega que la acción de tutela es improcedente por cuanto el accionante cuenta con otros mecanismos legales idóneos de defensa a efectos de que pueda cuestionar cualquier tipo de error, ya sea de forma o de fondo, directamente ante el ente público que se encuentre a cargo del proceso de selección. con el objeto de que éste determine si hay lugar a la modificación, aclaración o revocatoria del acto. Conociendo su ejercicio como acciones administrativas. Para lo actual el accionante en primer lugar debió elevar reclamación directa que regulen su asunto en cuestión. En efecto, los accionantes pueden hacer uso del medio de control denominado acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra el acto administrativo que dio a conocer los resultados definitivos de las pruebas de valoración de antecedentes, citando el Artículo 6° del Decreto 2591 de 1991.

Alega que no existe vulneración de los derechos fundamentales del actor, pues lo que pretende el accionante es cambiar las reglas bajo las cuales se debe regir el mismo proceso de selección por méritos, Además, cabe resaltar que las diferentes etapas del concurso se fundamentan de manera irrestricta en el mérito y en la aplicación de las disposiciones que desarrollan dichos derechos constitucionales, sin que exista vulneración a los mismos.

Respecto del **derecho de petición** indica que esta prerrogativa no ha sido vulnerada por cuanto la entidad otorgó respuesta a la reclamación respecto de los resultados obtenidos en su valoración médica ciñéndose en las normas de los Acuerdos de Convocatoria y sus anexos, que rigen la Convocatoria INPEC. (Sentencia T-422/14)

De igual manera respecto **del derecho a la intimidad** 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.

Que tampoco es predicable violación al **debido proceso**, pues como se expresó anteriormente, tan pronto se detectó la falla técnica en el aplicativo, se retiraron los resultados publicados. Asimismo, de manera oportuna y por diferentes medios, se informó a todos los aspirantes la nueva fecha de publicación de los resultados de la valoración médica y de las fechas para interponer reclamaciones.

Finaliza manifestando que se opone a las pretensiones de la tutela por ser improcedentes, y en tal virtud solicita se deniegue el amparo constitucional.

3.2.3.- POSITIVA – COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

Que una vez verificada las bases de Positiva Compañía de Seguros S.A, se logró evidenciar que el señor Brayan Alexander Bastidas Acosta no registra afiliación con esa ARL.

Que de acuerdo con la normatividad vigente, las Administradora de Riesgos Laborales solo cumplen función de asesoría y asistencia técnicas de Análisis de riesgos locativos, eso quiere decir señor Juez que quienes deben dar trámite a las pretensiones de la presente acción constitucional, es el INPEC y no esta Administradora de Riesgos Laborales.

De igual forma se informa al juzgado, que Después de revisar las bases de datos y aplicativos de información se pudo evidenciar que POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A ha realizado asesoría en Salud Ocupacional de acuerdo con el plan anual de Seguridad y Salud en el trabajo en el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC, los cuales conforme a la normatividad vigente deben ser aplicados y controlados por los empleadores.

Que de acuerdo con la normatividad vigente las Administradoras de Riesgos Laborales, solo cumplen función de asesoría para el diseño del programa de Salud Ocupacional y el plan de trabajo anual de su programa de Salud Ocupacional, lo que implica que, quienes deben definir en última instancia el Programa de Salud Ocupacional a llevar a cabo son los empleadores.

De conformidad a la pretensión de la presente Tutela, no se evidencia que la aseguradora tenga que atender alguna pretensión al respecto, ya que la entidad mencionada es el INPEC y no Positiva Compañía de Seguros S.A; por lo tanto, en este caso NO está legitimada por pasiva para actuar ya que no son quienes deban responder por la presunta vulneración de los derechos fundamentales predicados por el accionante.

Alega que acorde con lo expuesto la entidad carece de legitimación por pasiva en la acción de tutela

Solicitó al Despacho declarar improcedente la presente Acción de Tutela en contra de esta Administradora al tenor de los Postulados Constitucionales y del material probatorio allegado, y se proceda a declarar la DESVINCULACION y no vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

3.2.4.- DIRECCION GENERAL DEL INPEC.

Inicialmente, allegó escrito en el cual expone que el equipo el equipo técnico del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC y de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, ha observado la normatividad para determinar los criterios a seguir en la Convocatoria 1356 de 2019, sin la pretensión de favorecer intereses particulares, sino por el contrario lograr la equidad en la aplicación de la reglamentación existente.

Afirma que la Dirección General del INPEC no ha vulnerado, no está afectando ni amenaza restringir los derechos fundamentales mencionados en el escrito de la tutela.

Que Verificada la pretensión del accionante en la presente tutela, se pudo establecer que NO corresponde al INPEC acceder a lo solicitado, por ser competencia de la Comisión Nacional del Servicio Civil, de conformidad con lo normado en el Artículo 2 del ACUERDO No. 20191000009546 DEL 20-12-2019, que expresamente indica que el Concurso de Méritos para proveer las vacantes de la planta de personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- objeto del presente Proceso de Selección, estará bajo la directa responsabilidad de esa Entidad, quien en virtud de sus competencias legales ha suscrito contrato o convenio interadministrativo para adelantar sus diferentes etapas con la Universidades Libre, conforme lo reglado en el artículo 30 de la Ley 909 de 2004.

Acorde con lo expuesto anteriormente, solicita se declare la falta de legitimidad en la causa por pasiva, respecto del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, por cuanto las pretensiones son exclusivas de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Por las razones fácticas y jurídicas, solicito a su Despacho declarar IMPROCEDENTE la acción de tutela respecto de las pretensiones del accionante con relación a la Dirección General del INPEC, por no existir fundamento lógico Jurídico, violación o amenaza de derechos fundamentales por acción u omisión.

Adicionalmente, y con base en las razones antes esgrimidas, solicitamos al Juzgado declarar FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA POR PASIVA esta Acción de Tutela, ya que no se vulneró ningún derecho fundamental a la accionante por parte de la Dirección General del INPEC.

3.3.- PRUEBAS:

3.3.1.- DE LA PARTE ACCIONANTE:

Anexó en copia simple como pruebas copias de los siguientes documentos:

1. Constancia de inscripción.
2. Escrito de reclamación subido a la plataforma.
3. Respuesta a la reclamación comunicada a través de SIMO
4. Historia clínica valoración preocupacional subida en SIMO

Solicita evaluar como pruebas sumarias los pantallazos de SIMO incorporados al escrito de tutela.

3.3.1.- DE LAS PARTES ACCIONADA Y VINCULADAS.

- **La COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, anexa copia de la constancia de inscripción del accionante BRAYAN ALEXANDER BASTIDAS ACOSTA.

.- Copia de la reclamación por resultado de la valoración médica, elevada por el accionante.

.- Copia de la respuesta a la reclamación por resultado valoración médica.

.-Copia de la valoración médica.

.- Copia del extracto de publicación del auto admisorio de la tutela, del escrito y anexos de la tutela en la pagina del concurso.

LA UNIVERSIDAD LIBRE, anexa respuesta a la reclamación:

.- Copia de la Escritura Pública número 42 del 19 de enero de 2021 de la Notaría Veintitrés del Círculo de Bogotá.

.- Copia de la contestación a la reclamación presentada por los accionantes, y que fueron radicadas en la página www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO.

.-Copia del oficio de cumplimiento de publicación del escrito de tutela y del auto admisorio de la misma en Pagina Web

4.- CONSIDERACIONES:

4.1.- Competencia:

De conformidad con lo dispuesto en el Art. 37 del Decreto 2591 de 1991 en concordancia con lo dispuesto por el Artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, y el Decreto 1983 de 2017, este Juzgado es competente para conocer de la solicitud de tutela que ahora nos ocupa.

4.2.- Legitimación en la causa:

El artículo 86 de la Constitución prevé que toda persona puede promover la acción de tutela a fin de lograr la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En este sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, dispone que la acción de tutela puede ser ejercida “*por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales*”, quien puede actuar por sí misma, mediante representante o apoderado judicial, agente oficioso, el Defensor del Pueblo o los personeros municipales. Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interpone la acción tiene un “*interés directo y particular*”²¹ respecto de las pretensiones incoadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que “*lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro*”³. A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular, en este último supuesto, en casos excepcionales.

4.3.- Legitimación por activa

En el presente caso se satisface este requisito de procedibilidad

² Sentencia T-678 y T-176 de 2011

³ ibidem

pues el accionante BRAYAN ALEXANDER BASTIDAS ACOSTA, solicita la protección de sus derechos fundamentales presuntamente vulnerados por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - C.N.S.C., al declararlo No Apto dentro de los resultados de la valoración médica de la Convocatoria 1356 de 2019 -INPEC – Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC – cargo dragoneante.

4.4.- Legitimación por pasiva

Siguiendo lo establecido por la ley y la jurisprudencia constitucional, la legitimación pasiva en la acción de tutela se refiere a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, a efectos de que sea llamada a responder por la vulneración o amenaza de uno o más derechos fundamentales. En principio, la acción de tutela fue dispuesta y diseñada para los casos de violación o amenaza de los derechos fundamentales de las personas por parte de agentes estatales o de servidores públicos. Dentro de esta comprensión el inciso primero del artículo 86 señala que procede la acción de tutela cuando los derechos fundamentales “resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública”. En concordancia, el amparo procede en contra de autoridades públicas; y, de manera excepcional, en contra de particulares.

En lo que respecta a la CNSC, contra la cual se dirige la presente acción de tutela, esta es una entidad pública de origen constitucional con capacidad para ser parte. Además, tiene dentro de sus funciones la de establecer los reglamentos y lineamientos generales para el desarrollo de los procesos de selección para la provisión de empleos de carrera. Por lo tanto, la CNSC se encuentra legitimada en la causa por pasiva dentro del proceso de la referencia en concordancia con los artículos 86 Superior y el 5° del Decreto 2591 de 1991.

En relación con el INPEC, son entidades públicas de origen legal con capacidad para ser parte. En consecuencia, se encuentran legitimadas en la causa por pasiva para actuar en este proceso.

En cuanto a la UNIVERSIDAD LIBRE y la ARL POSITIVA, vinculadas al proceso, se tiene que: (i) la primera es una institución educativa superior que suscribió contrato con la CNSC con el objeto de “desarrollar desde la etapa de verificación de requisitos mínimos hasta la consolidación de la información para la publicación de convocados a curso” para el cargo de dragoneantes del INPEC. En cumplimiento del contrato, participó en la etapa de valoración médica del concurso y le correspondió resolver las reclamaciones de los aspirantes frente a los resultados de la misma; (ii) la segunda, por su parte, es una entidad con personería jurídica de derecho privado, que participó del desarrollo de la Convocatoria, para lo cual realizó labores de obtención y consolidación de los datos de la etapa de valoración médica de los aspirantes. De esta manera, en ambos casos se cumple con lo establecido en el numeral 8° del artículo 42 del Decreto 2591, el cual señala que “[l]a acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: [...] 8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas, en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas]”, por lo que también se encuentran legitimadas en la causa por pasiva.

Asimismo, las accionadas se encuentran legitimadas en la causa por pasiva, no solo por su naturaleza o tipo de funciones, sino además porque ellas, presuntamente, vulneraron los derechos del

accionante, lo cual las convierte en una parte en el proceso, el cual, con fundamento el derecho al debido proceso, concibió oportunidad procesal para que se presentara la respectiva respuesta por parte de las accionadas.

4.5. Naturaleza jurídica de la Acción de Tutela:

La acción de tutela es un mecanismo judicial de protección inmediato, oportuno y adecuado para las garantías fundamentales, frente a situaciones de amenaza o vulneración. De lo dispuesto por el artículo 86 de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991,

La jurisprudencia ha considerado que “*son requisitos para la procedencia o estudio de fondo de la acción de tutela la acreditación de i) legitimación en la causa, ii) un ejercicio oportuno (inmediatez) y iii) un ejercicio subsidiario. Adicionalmente, se ha considerado que no es procedente un estudio de fondo si se configura un supuesto de carencia actual de objeto, bien sea porque i) “se satisface por completo la pretensión contenida en la acción de tutela”⁴, ii) “finalmente se produce el daño que se pretendía evitar con la solicitud de amparo”⁵ o iii) sobreviene una situación que acarrea la “inocuidad de las pretensiones”⁶.*”

4.6.- DERECHOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES OBJETO DE PROTECCIÓN SUPERIOR:

En principio se consideran como derechos cuya protección puede lograrse a través de la herramienta constitucional de la tutela los incluidos en el Título II, “*De los derechos, las garantías y los deberes*”, Capítulo I, “*De los derechos fundamentales*” de la Constitución Política; pero, además, aquellos que sin quedar codificados, por su naturaleza o esencia determinan su calificación como *FUNDAMENTALES*, es decir, si se trata de un derecho inherente a la naturaleza y dignidad humana.

En tal virtud los derechos fundamentales consagrados en la C. P., son de tres categorías: los que en forma expresa están previstos como fundamentales y agrupados en los artículos 11 a 41, *ibidem*; los reconocidos en tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia -art. 93, inc. 1º, *idem*-; y, los derechos no consagrados en la Constitución, ni en los convenios internacionales vigentes, pero tienen conexión directa con derechos expresamente instituidos como fundamentales o son inherentes a la persona -art.94, *ib.-*.

4.7.- EL PROBLEMA JURIDICO:

Con base en los hechos descritos anteriormente el problema jurídico a resolver se concreta a determinar si las entidades encargadas de realizar el concurso abierto de méritos, correspondiente de la Convocatoria 1356 de 2019 para proveer los cargos de Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC- Dragoneantes, (CNSC y la Universidad Libre), vulneraron los derechos a la dignidad humana, intimidad personal, acceso al empleo público, igualdad, derecho

⁴ T-321 de 2016. Cfr. Sentencia T-154-2017

⁵ T-369 de 2017

⁶ T-308 de 2011

de petición, debido proceso, Así como los principios de confianza legítima y la primacía de la Constitución y el mérito, al determinar en la valoración médica que el ahora accionante presenta un restricción por talla que lo excluye para continuar en el proceso de selección, por cuanto no cumple con los estándares establecidos en el profesiograma de la convocatoria.?

Para resolver el problema jurídico planteado, esta judicatura acudirá a los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre los siguientes temas (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos generales que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos y contra actos administrativos particulares; (ii) la proporcionalidad y razonabilidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, considerando la naturaleza de las funciones que desempeñan; y, (iii) se abordará el caso concreto.

.-Sobre el primer tema la corte constitucional ha precisado⁷:

“Procedencia excepcional de la tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo 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”. En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende,⁸ o, finalmente que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

(...)

El numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela no procede cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.⁹

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo debe acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa, como lo son la pretensión de simple nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión provisional.

(...)

Sobre este mismo tema, en sentencia T- 438 de 2018,

⁷ T-441/2017

⁸ La idoneidad del mecanismo judicial “hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho”. Mientras que la eficacia “tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado”. Sentencia T-798 de 2013.

⁹ Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993, donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-1198 de 2001, en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso.

precisó:“(…)

En relación con la procedencia de la acción de tutela cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto, el numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 dispone que dicha acción no procede. En concordancia con ello, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo judicial al que debe acudir para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos¹⁰.

Lo anterior, en virtud de la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, por lo que, quien pretenda controvertir en sede judicial un acto administrativo deberá acudir a las acciones que para tales fines existen ante la jurisdicción contenciosa administrativa. No obstante, esta Corporación también ha indicado que hay, al menos, dos excepciones a la regla antes descrita, a saber: **(i)** cuando la persona afectada no cuente con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela, que sea adecuado para resolver las implicaciones constitucionales del caso, y que goce con suficiente efectividad para la protección de sus derechos fundamentales; y **(ii)** cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable¹¹.

De esta manera, cuando se trate de controvertir actos administrativos que determinan criterios referentes a la apariencia, situación o estado físico y de salud de un aspirante, como es el caso del concurso de méritos del INPEC a cargo de la CNSC, el asunto debe ser analizado de otra manera, pues el efecto concreto de dichas normas de carácter general y, por ende, del acto particular del cual emanan, podría afectar la situación específica de determinadas personas, específicamente en lo que tiene que ver con la vigencia y protección de sus derechos fundamentales¹². Más aún, en la sentencia T-547 de 2017, la Corte Constitucional reiteró el precedente jurisprudencial expuesto en las sentencias T-785 de 2013, donde concluyó:

“(l)os mecanismos ordinarios de defensa judicial, esto es, la nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho junto con la suspensión provisional de los actos como medida cautelar, previstos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo no son adecuados para resolver las implicaciones constitucionales”¹³
(…).

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

La Corte 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 tareas¹⁴; 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

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-572 de 2015. Ver entre otras sentencias SU-458 de 1993, donde la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos de ejecución del concurso de méritos de la rama judicial cuando el actor no había hecho uso de ellos; T-315 de 1998, en la cual la Corte luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996; y T-1198 de 2001, en esta oportunidad la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela para controvertir los actos administrativos dentro del proceso de selección en la Aeronáutica Civil, ni tampoco existía un perjuicio irremediable, pues los accionantes no cumplían con los requisitos mínimos exigidos para participar en el concurso. También puede consultarse la Sentencia T-586 de 2016,

¹¹ Ver, Corte Constitucional, Sentencias T-600 de 2002 y T-572 de 2015.

¹² *Ibidem*

¹³ Cfr. Corte Constitucional T-547 de 2017.

¹⁴ Cfr. Sentencia T-463 de 1996. Reiterado en las Sentencia T-572 de 2015 y T-586 de 2017.

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, este Tribunal se ha pronunciado sobre los requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera¹⁵ en tres escenarios particulares, a saber: i) estatura mínima; ii) tatuajes; y iii) salud. En gran parte de dicha jurisprudencia, la Corte 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*. Por las características del caso que ocupa a esta Sala, se expondrán aquellos fallos en los cuales el requisito de estatura mínima ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación.

(...)

(...) la Sala Octava de Revisión mediante la providencia **T-1098 de 2004**, estudió un caso en la cual se le exigió a una persona cumplir una estatura mínima para entrar al cuerpo de dragoneantes del INPEC; en esa ocasión se estableció que el requisito *“por cuyo incumplimiento el actor resultó excluido **es razonable y proporcional, pues no existen elementos de juicio para restar validez a las conclusiones de carácter empírico expuestas por la entidad accionada, relacionadas con el impacto positivo en la disciplina de la población carcelaria y las facilidades prácticas para el cumplimiento de los fines de la institución que representa el hecho de que el personal de custodia cuente con una estatura no inferior al límite establecido que, en este caso, lejos está de reputarse como exagerado -"contrario a la razón o a la naturaleza humana" -, si se tiene en cuenta que está por debajo del promedio nacional***”.

En adición, la Corte argumentó que el requisito censurado *“tiene como fin facilitar a la entidad la conservación de la disciplina de la población carcelaria en los diferentes procedimientos inherentes al ejercicio de sus competencias, lo cual (sic) a su vez (...), favorece la seguridad de los reclusos, así como de los funcionarios responsables de su custodia. El medio al que se acude, entre otros muchos dirigidos a ese fin, corresponde a un límite de la estatura mínima del personal que aspira a asumir la custodia y vigilancia de la población carcelaria lo cual, dando crédito a las conclusiones que la entidad ha expresado sobre el particular, parece un mecanismo adecuado en tanto: **i)** no representa una restricción basada en una categoría censurable en sí misma, **ii)** no tiene un móvil arbitrario o caprichoso y, **iii)** no representa una discriminación de una franja de la población que pueda considerarse débil o marginada”¹⁶.*

(...)

En conclusión, 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 justifique la relación que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo¹⁷.

¹⁵ Véase, entre otras, las 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.

¹⁶ En esta ocasión se estableció “que no existe prueba alguna en el expediente que indique que el accionante haya diligenciado y presentado oportunamente el formulario de inscripción, como tampoco que su supuesto rechazo haya sido ocasionado por no tener la estatura requerida en la convocatoria, lo que impide afirmar la vulneración del derecho a la igualdad que se le enrostra al INPEC”.

¹⁷ Ibid.

(...).”

4.8.- DEL CASO CONCRETO.

El accionante BRAYAN ALEXANDER BASTIDAS ACOSTA solicita el amparo constitucional de sus derechos fundamentales a la Dignidad humana, intimidad personal, mérito e igualdad de oportunidades, debido proceso administrativo, que considera vulnerados por la CNSC, la ARL Positiva y el INPEC, al excluirlo del concurso abierto de méritos, correspondiente de la convocatoria 1356 de 2019 - INPEC- Dragoneantes, al determinar en la valoración médica que actor presenta una restricción por talla que lo excluye para continuar en el proceso de selección, por cuanto no cumple con los estándares establecidos en el profesiograma de la convocatoria. Valoración realizada por la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S, contratada por la Universidad Libre para el efecto.

Según el accionante el motivo de inconformidad radica en que la restricción señalada por su estatura no reviste ninguna gravedad, ni afectaría el desempeño de las funciones del cargo al cual se encuentra inscrito.

Al respecto debemos precisar que la convocatoria N° 1356 de 2019 - INPEC- Dragoneantes, previamente establecido en el Profesiograma Dragoneante, Versión 4.0 2017, que todo aspirante a ingresar a la Escuela Penitenciaria debe cumplir con el perfil profesiográfico establecido y someterse al régimen interno del INPEC, en el cual con respecto al criterio de la estatura se estableció la estatura mínima en 1.66 m y máxima de 1.98m.¹⁸

Al respecto la H. Corte Constitucional ha precisado¹⁹:

“Esta Corporación ha sostenido en reiterada jurisprudencia que exigir requisitos médicos y físicos para el cargo de dragoneantes del INPEC no resulta, *per se*, inconstitucional, siempre y cuando tales requisitos como mínimo sean: (i) *razonables*, esto es, que no impliquen discriminaciones injustificadas entre los participantes; (ii) *proporcionales* a los fines para los cuales se establece; y (iii) *necesarios*, en la medida que se justifique la relación que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo.

Así mismo, en relación con la aplicación de dichos requisitos, este Tribunal ha indicado que no vulnera los derechos de los aspirantes en los casos en que: (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.”

Acorde con la jurisprudencia antes considerada, en el caso subjudice precisa esta judicatura que, según el material probatorio allegado el accionante conocía previamente los requisitos y la reglamentación del concurso que fue publicada por la C.N.S.C. en el correspondiente sitio Web.

De igual manera no existe prueba que indique que el proceso de selección haya desconocido el principio de igualdad entre los aspirantes; pues aquellos requisitos se aplicaron a todos los concursantes; y finalmente encontramos que, la decisión de

¹⁸ Numeral 5.2, del Anexo Modificatorio, Anexo 2 Dragoneante de conformidad con la Resolución No. 002141 del 9 de julio de 2018 del INPEC

¹⁹ Sentencia T-438 de 2018

exclusión del accionante se basó en la verificación objetiva del cumplimiento del requisito de la estatura mínima de los aspirantes la que sería valorada por el Médico Especialista en Salud Ocupacional, siendo ésta la única valoración válida para el proceso de selección. “La estatura será tomada al aspirante a DRAGONEANTE en el momento del examen médico en el consultorio, con pies descalzos y no se tendrá en cuenta la estatura referida en el Documento de Identificación”.

Ahora bien, habiéndose fijado con antelación los requisitos y publicados en la convocatoria de marras, al contrario de lo afirmado por el actor en su escrito, cuando afirma cumplía “con los requisitos para el cargo de dragoneante del INPEC, de acuerdo a las reglas de la Convocatoria 1356 y por ello accedió a la valoración médica en el mes de octubre de 2021”. La conclusión es que el accionante conocía anticipadamente que, no cumplía con el requisito de la estatura exigida para el cargo al cual aspiraba, y por lo tanto de antemano conocía que en la valoración médica sería excluido, en aplicación de lo establecido previamente en el Profesiograma de Dragoneante, previsto para este concurso, dado que la condición de tener una estatura mínima fue fijada tanto para hombres y mujeres, en consideración a que este es un requisito objetivo y necesario para la efectiva prestación de las funciones de protección y guardia de la población carcelaria.

Ahora bien, respecto de la reclamación y solicitud de una segunda valoración, precisa esta judicatura que en la respuesta otorgada al accionante por parte de la Coordinadora General de la Universidad Libre Proceso de Selección No. 1356 de 2019 -INPEC, informa que la segunda valoración arrojó igual resultado esto es “aspirante calificado CONRESTRICCIÓN”. En tal virtud y por cuanto la restricción consistía en no cumplir con la estatura mínima exigida para el cargo, respecto de dicha valoración, no se puede exigir la expedición de un concepto técnico y científico por parte de la entidad médica especializada contratada para realizar la valoración, como pretende el actor, toda vez que no se trata de un patología, sino de un requisito objetivo mínimo, que deben cumplir los aspirantes y que previamente se encontraba previsto en el profesiograma, como ya se expuso en antelación.

Por lo tanto, no encuentra esta judicatura, probado que las entidades accionadas y vinculadas hayan dado un trato desigual, arbitrario e injustos, en la valoración médica que le fue realizada o que se hayan apartado de la normatividad que rigen esta convocatoria pública.

De igual manera tampoco se puede concluir que el equipo médico que realizó la valoración pre ocupacional a los inscritos en el concurso para proveer los cargos de Dragoneantes del INPEC, no haya sido capacitado, pues, de una parte, los requisitos estaban previamente establecidos para la realización de la citada prueba y además, respecto de lo afirmado por el actor no existe prueba alguna, acerca de la falta de probidad del equipo que realizó dicha prueba médica, o que el equipo de profesionales que realizaron la valoración médica requieran capacitación, como lo da a entender en su escrito de tutela el accionante. Mas aun cuando en la respuesta otorgada al actor, por parte de la Coordinadora general del concurso se informa que los funcionarios de la IPS si fueron capacitados.

Respecto a la violación al derecho a la intimidad, que afirma el actor le fue vulnerado, al enviar su historia clínica a un aspirante diferente, debemos precisar que no se encuentra evidencia de que realmente la valoración médica realizada al accionante en desarrollo de las fases del concurso, haya sido remitida a un destinatario diferente, y que con esta actuación, se haya amenazado o vulnerado derechos del accionante. Ahora, si en gracia de discusión se hubiera publicado la historia clínica de actor, en este momento

nos encontraríamos frente a un daño consumado, y en tal virtud lo único procedente sería el resarcimiento del daño causado.²⁰ Tampoco es posible concluir que con la publicación de la historia clínica hayan sido la causa determinante para la exclusión del actor del proceso de selección, como aquel lo da a entender en su escrito de tutela.

Tampoco se encuentra evidencia de que en el desarrollo de las diferentes fases que estructuran el concurso para selección de dragoneantes del INPEC, las entidades encargadas de efectuarlo hayan inobservado las reglas del concurso previamente establecidas, y que con ello se haya excluido al accionante del ya referido concurso.

Finalmente, debemos precisar que, respecto del derecho de petición elevado a la CNSC, y que contiene la reclamación presentada por el actor, frente a la valoración médica que le fue realizada, debemos precisar que la Universidad Libre, entidad contratada para adelantar Proceso de Selección No. 1356 de 2019 -INPEC, para proveer el cargo de dragoneante del INPEC, a través de la Coordinadora General de dicho proceso, otorgó respuesta a todas y cada uno de los pedimentos elevados por el señor Brayan Alexander Bastidas, respuesta que fue aprobada por la Coordinadora Técnica de Valoración Médica de la IPS SENSALUD INTEGRAL S.AS²¹. Valga precisar al respecto que, según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “el derecho de petición no implica una prerrogativa en virtud de la cual, el agente que recibe la petición se vea obligado a definir favorablemente las pretensiones del solicitante, razón por la cual no se debe entender conculcado este derecho cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa”²².

En tal virtud, esta judicatura no encuentra que se haya vulnerado el derecho de petición y tampoco que la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, la Universidad Libre y la IPS Sensalud Integral, se hayan apartado de las normas y reglamentos que regulan el Proceso de Selección No. 1356 de 2019 -INPEC, al otorgar dicha respuesta.

Finalmente debemos considerar que en cuanto a la solicitud elevada por el actor para que la Comisión Nacional del Servicio Civil adelante la actuación administrativa que determine las responsabilidades en el envío de la historia clínica del accionante a un tercero, debemos precisar que, dado el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela lo solicitado no es procedente, pues para ello existen otras acciones ordinarias a las cuales el actor puede acudir para que sean resarcidos los derechos que con tal actuación le hubieran sido lesionados al accionante.

Acorde con lo expuesto, al encontrar que la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC, la Universidad Libre y la IPS SENSALUD INTEGRAL S.A.S, no vulneraron los derechos fundamentales del accionante BRAYAN ALEXANDER BASTIDAS ACOSTA, como lo afirma en su libelo de tutela, esta denegará el amparo solicitado.

DECISIÓN

Por lo anteriormente expuesto, el **JUZGADO PRIMERO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE IPIALES - NARIÑO**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-225 de 2013 (MP Alexei Julio Estrada).

²¹ Ver folio en el expediente. 23.2 Oficio respuesta a Accionante Universidad Libre

²² T-162 de 2013

RESUELVE:

RIMERO. NO TUTELAR los derechos fundamentales invocados como vulnerados por el accionante BRAYAN ALEXANDER BASTIDAS ACOSTA, en su escrito de tutela, por las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO. NOTIFICAR por el medio más eficaz, de esta decisión, tanto a las entidades accionadas y vinculadas, como al tutelante, al tenor de lo establecido en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. Para efecto de notificación de la presente providencia a los demás aspirantes de la Convocatoria, se Ordena a la Comisión Nacional del Servicio civil y a la Universidad Libre, que al día siguiente de la notificación publique la presente providencia, en la página de la Convocatoria No. 1356 de 2019, para proveer cargos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

CUARTO. En el evento de que este fallo no fuese impugnado envíese el expediente ante la Honorable Corte Constitucional a fin de que se surta por dicha Corporación el trámite eventual de revisión tal como lo preceptúan los artículos 86 de la Constitución Nacional y 31 del decreto 2591 de 1991.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE.



ADRIANA DEL PILAR MIRANDA MARTINEZ
Jueza