



Radicación: 526783189001-2020-00006-00
Accionante: Juan Carlos Rodríguez Gómez
Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC
Vinculados: Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC
Aspirantes al Cargo de Dragoneante Convocatoria No. 800 de 2018
Asunto: Fallo de 1ª instancia

Samaniego, veinticuatro (24) de enero de dos mil veinte (2020)

I.- ASUNTO POR TRATAR

En el término consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, se procede a proferir el fallo de primera instancia correspondiente a la acción constitucional promovida por el señor JUAN CARLOS RODRÍGUEZ ZAMBRANO, contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIA (INPEC) y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

II.- IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

A.- IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE ACCIONANTE

El señor CRISTIAN HOMERO RODRÍGUEZ ZAMBRANO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.088.738.252 de Samaniego (N).

B.- IDENTIFICACIÓN DE LA PARTE ACCIONADA

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, a través de su representante legal.

En el trámite se vinculó al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, a través de su representante legal, y a todos los aspirantes al cargo de dragoneante dentro de la Convocatoria No. 800 de 2018.

III.- DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS

El accionante, invoca la protección constitucional de los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo.

IV.- ANTECEDENTES



Sirven de sustento en lo que interesa a la acción deprecada, los siguientes hechos:

La Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC adelantó la convocatoria No. 800 de 2018 para proveer los diferentes cargos en propiedad y es así, que el accionante participó para optar el cargo de dragoneante del INPEC.

Superadas las pruebas escritas y físicas atléticas con calificaciones que lo posicionan en los primeros lugares, el demandante fue citado para la valoración médica, como último requisito.

Una vez, que al actor realizo los exámenes médicos por las entidades contratadas por la CNSC; arrojaron como resultado la presencia de "HIPERHIDROSIS"-trastornos de las glándulas sudoríparas-, el cual se encuentra contemplado como restricción del profesiograma.

Ante su inminente eliminatoria, solicitó una segunda valoración ante la entidad accionada, quien se sostiene en su decisión ante la falsa restricción médica anotada, impidiéndole así, acceder a un cargo público.

Afirma durante el lapso de tiempo que prestó servicio militar como auxiliar Bachiller del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC en la valoración paraclínica no se advirtieron restricciones, específicamente en piel, y durante el lapso de tiempo que perduró su servicio, nunca se reportaron novedades consecuentes de la falsa HIPERHIDROSIS, que se le atribuye que padece el actor al aplicar en esta convocatoria.

Afirma, no le han resuelto de fondo su reclamación, ni mucho menos le han otorgado la posibilidad de controvertir el resultado.

Pone en conocimiento el accionante, que a través de apoderado judicial instaurará acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho con solicitud de suspensión provisional de la cesión de la CNSC, previo agotamiento del requisito de procedibilidad.

Finalmente, afirma que pertenece como miembro de resguardo indígena por lo que se erige como un sujeto de especial condición de vulnerabilidad.

V.- PRETENSIONES

Con fundamento en los anteriores hechos solicita se le tutele los derechos fundamentales invocados, en consecuencia, se ordene a la CNSC, dejar sin efecto alguno la respuesta definitiva de exclusión de la Convocatoria No. 800 de 2018 a fin de permitirle continuar con el concurso; subsidiariamente, se ampare los derechos fundamentales conculcados de manera transitoria, mientras acude a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa ante la amenaza de ocurrencia de un perjuicio irremediable.



Finalmente, solicitó como medida provisional la exclusión de la convocatoria anotada y se ordene su citación con el fin de evitar expire la fecha de citación para adelantar el curso en la Escuela Nacional Penitenciaria.

VI.- CONTESTACIÓN DE LA ENTIDAD ACCIONADA Y VINCULADA

- **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, por conducto del Coordinador Jurídico de la Convocatoria 800 de 2018 y como apoderado judicial de la Universidad Pamplona, expresa que la acción constitucional promovida por el señor CRISTIAN HOMERO RODRÍGUEZ ZAMBRANO deviene improcedente, pues el accionante cuenta con otro mecanismo judicial ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa consistente en la nulidad y restablecimiento del derecho, como quiera que lo que se pretende es se reintegre nuevamente en el concurso, sin que pueda el juez de tutela arrogarse la facultad atribuida a los jueces administrativos ante dicha jurisdicción.

Además, se pronuncia como apoderado judicial de la Universidad de Pamplona, afirmando que en su condición de operador logístico de la convocatoria, ella se ciñe a los lineamientos pautados por la entidad que convoca al concurso -CNSC-, brindando un trato igualitario a todos los participantes y frente al sub examine, se advierte que una vez revisadas nuevamente las valoraciones efectuadas por el actor se tiene que sufre de HIPERHIDROSIS, diagnóstico que coincide con el arrojado en las historias clínicas que se publicaron con los resultados definitivos de la valoración médica de la convocatoria 800 de 2018 INPEC Dragoneantes, constituyéndose en una inhabilidad para continuar en las etapas del concurso.

Resalta que estas lesiones cutáneas con frecuencia se infectan y pueden complicarse al entrar en contacto con las sustancias para la limpieza del armamento manipulado por el personal, tal y como se describe ampliamente en el acápite de Sistema Tgmentario: Piel y Fanelas (Trastorno de las glándulas sudoríparas) de las inhabilidades médicas del profesiograma de Dragoneantes.

Pone en conocimiento que el accionante al momento de la segunda valoración presenta certificación donde refiere que aún presenta la HIPERHIDROSIS y se encuentra en tratamiento médico.

Resalta que los exámenes médicos realizados por entidades externas a las contratadas por la CNSC, no pueden tenerse en cuenta al interior del concurso bajo el entendido que los aspirantes se atienen a los resultados arrojados por la IPS Med care de Colombia S.A.S., de conformidad con el Art. 45 del acuerdo 20181000006196 de 2018.

Finalmente, esboza la ausencia de trasgresión de los derechos fundamentales del accionante con las actuaciones desplegadas por la entidad en el concurso anotado; aclarando que la convocatoria es una expectativa a llegar a tener o eventualmente el derecho de acceder al cargo y la Universidad de Pamplona se ciñe a los procedimientos fijados en las convocatorias publicadas en aras de



"identificar a las personas idóneas que ingresarán a las entidades públicas con base en el mérito" de conformidad con el Art. 125 de la Constitución Política.

- **INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO**, a través del Coordinador Grupo de Tutelas, solicitó se desvincule a la Dirección General del INPEC, por cuanto la Convocatoria 800 de 2018, está bajo la responsabilidad directa de la CNSC, quien es competente constitucional, legal y funcionalmente.

Adujo, que la normatividad que rige el concurso fue contemplada por el equipo técnico del INPEC y de la CNSC, sin la pretensión de favorecer intereses particulares, sino para lograr la equidad en la aplicación de la reglamentación existente.

Destaca la improcedencia de la tutela, primero, por existir otro medio judicial ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante quien puede atacar el acto administrativo cuestionado, existiendo medidas cautelares dentro de dicha jurisdicción.

Indica, que existe falta de legitimidad en la causa por pasiva respecto del INPEC, por cuanto la pretensión de la parte accionante es exclusiva de la CNSC, solicitando se declare improcedente la acción de tutela en relación al INPEC, por no existir fundamento jurídico, violación o amenaza de derechos fundamentales.

VII.- C O N S I D E R A C I O N E S

1. PRESUPUESTOS FORMALES.

1.1. Competencia.

Este Despacho es competente para conocer en primera instancia la presente acción de tutela, conforme lo establece el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en consecuencia, se debe proceder a proferir el fallo de mérito en el presente asunto, al no observar causal de nulidad alguna que lo pueda afectar.

1.2. Legitimación en la causa por activa y pasiva e integración del litis consorcio.

En cuanto a lo primero, se observa la acción de tutela fue propuesta por el señor **CRISTIAN HOMERO RODRÍGUEZ ZAMBRANO**, quien es el titular de los derechos presuntamente conculcados con la actuación de la entidad accionada, razón por la cual, se encuentra legitimado para impetrar la acción de tutela (C.P. art. 86º, Decreto 2591/91 art. 1º).

Respecto a lo segundo, es la CNSC a través de su representante legal, como entidad accionada, fue convocada al presente trámite y se encuentra legitimada por pasiva, en tanto es de quien se reclama el reintegro al proceso de selección de



la Convocatoria No. 800 de 2018. De igual manera se vinculó al presente tramite a quienes pudieran tener interés en la decisión que se adopte, esto es, a los demás aspirantes de la citada convocatoria que aspiran al cargo de dragoneante, y al INPEC, como entidad en la cual se pretende desempeñar el cargo. Por ende, se ha integrado el litis consorcio necesario que es menester para proferir fallo de fondo.

2. PROBLEMA JURIDICO PLANTEADO

Se trata en este caso de determinar la procedencia de la presente acción constitucional frente a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo invocados por el señor CRISTIAN HOMERO RODRÍGUEZ ZAMBRANO, dada la ratificación de la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC- del estado no apto del accionante conforme a los resultados arrojados por las valoraciones médicas -HIPERHIDROSIS- para reintegrarlo al proceso de selección para el cargo de dragoneante del INPEC, regulando por la Convocatoria No. 800 de 2018.

3. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA – REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD

La acción de tutela, según el artículo 86 constitucional es procedente cuando se emplea como mecanismo de protección de un derecho fundamental que está conculcado o en riesgo, sea por acción u omisión de una autoridad pública o de un particular. Se caracteriza por ser una herramienta subsidiaria, lo cual significa, que no está llamada a reemplazar las vías ordinarias para resolver controversias jurídicas ni servir como instrumento supletorio para revivir términos cuando no se han agotado oportunamente dichos medios

La procedencia de la acción constitucional, se encuentra reglada en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, el cual señala, la improcedencia cuando existan otros medios de defensa salvo que se advierta la falta de eficacia de aquellos, o cuando, pese a su idoneidad, la acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, atendiendo a las circunstancias particulares de los solicitantes.

El Máximo Tribunal de Cierre Constitucional ha expuesto en boyante jurisprudencia que tratándose de controversias que tienen como medio primordial de trámite la jurisdicción contenciosa administrativa, por regla general, la acción de tutela no procede, salvo, cuando se amenaza la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En cada caso se exige un análisis riguroso y concreto, para evitar el uso inadecuado del amparo constitucional, debiendo verificarse por parte del juez constitucional las condiciones de procedencia de la acción de tutela, en aras de no trasladar el debate de controversias de rango legal que tienen asignado un Juez natural y jurisdicción competente, a un proceso de naturaleza sumaria que lo que pretende es el amparo urgente de garantías constitucionales.



Respecto a dicho tópico la Corte Constitucional en la sentencia T- 438 de 2018, preceptuó:

“En relación con la procedencia de la acción de tutela cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto, el numeral 5º del artículo 6º 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 acudirse para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos.

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 irremediable.

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 fundamentales[9]. 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”.

Respecto al alcance y contenido del perjuicio irremediable y los criterios a tener en cuenta para determinar si se está en presencia de tal evento en cada caso en concreto, la Jurisprudencia señaló:

“A propósito del concepto de perjuicio irremediable que ha sido adoptado por esta Corporación, se ha dicho que éste consiste en el riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño

Partiendo de tal definición, la jurisprudencia constitucional ha delineado una serie de criterios a partir de los cuales debe evaluarse si, efectivamente, en un caso concreto, se está ante la presencia de un perjuicio irremediable que habilite la procedencia transitoria del mecanismo de amparo constitucional. Tales presupuestos aluden a que el perjuicio es aquel (i) que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental; (ii) que el daño es inminente; (iii) que de ocurrir no existiría forma de reparar el daño producido;



(iv) que resulta urgente la medida de protección para que el sujeto supere la condición de amenaza en la que se encuentra; y (v) que la gravedad de los hechos es de tal magnitud que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales".¹

De igual manera, el Art. 229 del Ley 1437 de 20177-en adelante CPACA-determina:

"PROCEDENCIA DE MEDIDAS CAUTELARES. *En todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, antes de ser notificado, el auto admisorio de la demanda o en cualquier estado del proceso, a petición de parte debidamente sustentada, podrá el Juez o Magistrado Ponente decretar, en providencia motivada, las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, de acuerdo con lo regulado en el presente capítulo.*

La decisión sobre la medida cautelar no implica prejuzgamiento."

A su vez, el literal b), del numeral 4º del Art. 231, ejusdem; determina que la suspensión provisional del acto administrativo cuando *"existan serios motivos para considerar que de no otorgarse la medida los efectos de la sentencia serían nugatorios"*.

4. CASO CONCRETO

El señor CRISTIAN HOMERO RODRÍGUEZ ZAMBRANO, quien aspira al cargo de dragonante del INPEC en virtud de la Convocatoria No. 800 de 2018, acude a la acción de tutela para reclamar la protección de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, igualdad, debido proceso administrativo, acceso a cargos públicos y trabajo; en virtud que la CNSC lo excluyó del concurso con fundamento en que fue diagnosticado con "TRASTORNOS GLÁNDULAS SUDORIPARAS"², cuando ello es contrario a la realidad, teniendo en cuenta que durante el lapso de tiempo que prestó servicio militar como Auxiliar Bachiller del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC y en las valoraciones paraclínicas no se identificaron afecciones en la PIEL que impidieran su ingreso; a su vez, durante su desempeño nunca se reportaron incidentes al respecto, por lo que concluye, que las dos valoraciones médicas son erróneas, la entidad no ha absuelto de fondo su reclamación y no le ha otorgado la posibilidad de impugnar el resultado final.

Durante el término de traslado, la CNSC, advierte que la tutela deviene improcedente ante la existencia de otro mecanismo idóneo como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa tendiente a solicitar el reintegro del actor a la convocatoria anotada.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-136 de 2010.

² Folio 30



Resalta que ante la reclamación del actor, se revisaron nuevamente las valoraciones médicas las cuales concluyen el diagnóstico de HIPERHIDROSIS, el cual constituye en una inhabilidad para continuar con la convocatoria de conformidad con el Profesiograma establecido.

Por otro lado, el INPEC solicita sea desvinculado del presente trámite constitucional por cuanto la Convocatoria 800 de 2018, está bajo la responsabilidad directa de la CNSC, quien es competente constitucional, legal y funcionalmente.

Al respecto, se concluye que la queja Constitucional impetrada por el actor se circunscribe en dejar sin efecto la resolución, a través de la cual fue declarado "no apto" y se le permita continuar con el proceso de selección.

Corolario con lo anterior, la decisión emitida por la CNSC corresponde a un acto administrativo de carácter particular, por lo que el señor RODRÍGUEZ ZAMBRANO, tal y como lo manifestó en los supuestos fácticos de la tutela, puede acudir al medio de control ante la Jurisdicción Contencioso Administrativo para interponer la Acción de Nulidad Simple o la Acción de Nulidad y Restablecimiento del Derecho, establecidos en los Arts. 137 y 138 del CPACA y desde la presentación de la demanda puede pedir la adopción de medidas cautelares para precaver un perjuicio, cuando la urgencia del caso así lo amerite, tal es el caso del artículo 230 del CPACA, que determina que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, que podrán solicitarse ante el juez o magistrado, para *suspender* provisionalmente los efectos de un acto administrativo. Además, se cuenta con medidas cautelares de urgencia, contempladas en el artículo 234 Eiusdem.

En este orden de ideas, se tiene que existen otros mecanismos de defensa administrativo y judicial, para resolver el litigio planteado; concluyendo, que la tutela no es el medio idóneo para controvertir las decisiones mediante las cuales la CNSC, declaró al demandante no apto, por tanto, excluyéndolo de la convocatoria No. 800 de 2018.

Por otro lado, se pasa a determinar si en este asunto se encuentra demostrada la existencia de una amenaza que conlleve a un perjuicio irremediable; siendo nugatoria la respuesta, pues la parte actora no demostró su configuración con los medios probatorios, ya sea mediante la solicitud o presentación de pruebas, por lo que se advierte que el mecanismo de tutela es improcedente de manera excepcional y transitoria, conforme el actor lo solicitó de manera supletoria, pues se itera el legislador estableció el medio natural anotado para atacar el acto administrativo sancionatorio.

De igual manera, el demandante tampoco acreditó el posible perjuicio irremediable con la solicitud de medida provisional en el presente trámite, tendiente a la inclusión en la convocatoria anotada con el fin de evitar se venza o extinga la fecha de citación para adelantar el curso en la Escuela Nacional Penitenciaria ante la omisión de la entidad de resolver de fondo su solicitud, a la cual se impuso su negación mediante el auto admisorio del 13 de enero de 2020, por cuanto de los fundamentos fácticos y probatorios no se infieren requisitos de necesidad y urgencia previstos en el Art. 7 del Decreto 2591 de 1991.



Finalmente, si bien la parte actora en los hechos, asevera que la CNSC no resolvió de fondo su solicitud y sin la facultad de impugnar su resultado; el Juzgado realiza la siguiente apreciación sin que ello implique pronunciamiento alguno dentro del presente asunto, pues de la lectura de la respuesta brindada por la entidad accionada a la parte actora mediante oficio fechado del 10 de diciembre de 2019³, se absuelve de fondo su queja, al exponerle que su patología se encuentra enlistada en la inhabilidades médicas del Profesiograma de Dragoneantes, por lo que la entidad accionada se ratifica en su estado de no apto para continuar con la convocatoria y de esa manera, resuelve su reclamación; a su vez, se le pone en conocimiento que el día 10 de diciembre de 2019, se publicaran los resultados definitivos de la valoración médica, donde el actor debía o debió ejercer los recursos pertinentes.

En síntesis, corroborado como está, existen otros mecanismos de defensa judicial idóneos y eficaces para controvertir las actuaciones administrativas surtidas por la CNSC, de las cuales el demandante predica la conculcación de los derechos fundamentales, y dado que de los fácticos expuestos en el escrito de demanda de tutela y el material probatorio obrante en el expediente, no logra advertirse la ocurrencia de un perjuicio irremediable que amerite la protección de los derechos fundamentales por vía del amparo constitucional, las aludidas pretensiones deben tramitarse en su escenario natural, esto es, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de ahí que la tutela resulta improcedente, como así se dispondrá, más aún, al existir ya un pronunciamiento o precedente judicial sobre la materia de debate, cuando se declaró la improcedencia de una acción de tutela similar a la que se debate, la cual fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal Superior de Pasto, Sala Decisión Penal, M.P. Dr. Silvio Castrillón Paz, radicada bajo el No. 520013104001-201800170-0, y como ha decantado la jurisprudencia constitucional, existe en el asunto de marras cosa juzgada constitucional, por ende, tal decisión, se torna definitiva, inmutable y vinculante, en consecuencia, habrá de decretarse improcedente la presente acción constitucional.

VIII.- D E C I S I Ó N

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO PROMISCO DEL CIRCUITO DE SAMANIEGO – NARIÑO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA Y POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN NAC**

RESUELVE

Primero: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela instaurada por el señor **CRISTIAN HOMERO RODRÍGUEZ ZAMBRANO**, identificado con C.C. No. 1.088.738.252 de Samaniego (Nar.), formulada contra la **COMISIÓN NACIONAL**

³ Folios 38 y 39



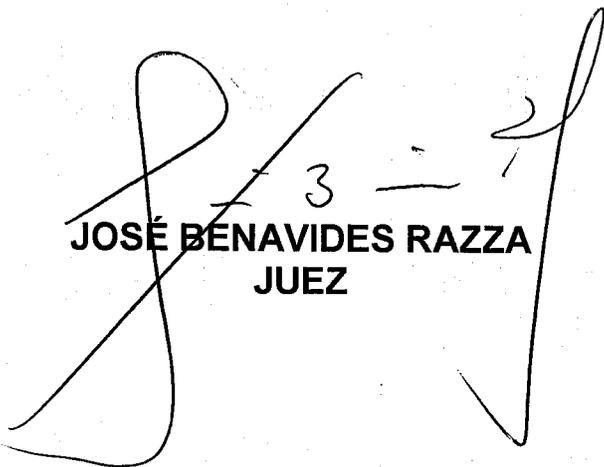
DEL SERVICIO CIVIL y EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO - INPEC -, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: NOTIFICAR la presente decisión a todas las partes por el medio más expedito.

Tercero: INFORMAR al accionante que contra la presente decisión procede el recurso de impugnación ante el H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto (Reparto) dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia. Oficiese.

Cuarto: REMITIR este expediente ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnado el presente fallo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


3
JOSÉ BENAVIDES RAZZA
JUEZ