



**Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**  
**Sala Penal**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO**  
**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**Magistrada Ponente** : Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno  
**Acción De Tutela No.** : 520013104005-2019-00641-01  
**Accionante** : Juan Pablo Martínez Bucheli  
**Accionado** : CNSC - INPEC - Universidad de Pamplona  
**Aprobado** : Acta No. 012 de 11 de febrero de 2020

San Juan de Pasto, once (11) de febrero de dos mil veinte (2020)

**MOTIVO DE LA DECISIÓN**

Concierne a la Sala resolver la impugnación interpuesta por el señor Juan Pablo Martínez Bucheli en contra de la sentencia de 02 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, a través de la cual declaró improcedente la acción de amparo.

**ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN**

Indicó el accionante en su escrito tutelar<sup>1</sup>, que se postuló a la Convocatoria 800 de 2018 llevada a cabo por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), para el cargo de Dragoneante en el Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC), bajo el número de OPEC 74588, proceso en el que a su vez también interviene la Universidad de Pamplona.

Expuso que adelantó el proceso de selección de la Convocatoria en mención según los parámetros legales

---

<sup>1</sup> Folio 1, Cuaderno primera instancia.

establecidos por la CNSC, no obstante ello, el 18 de noviembre de 2019 se realizó la publicación en 25 folios de la valoración médica realizada a cada aspirante en la cual lo declaraban como no apto para el cargo, ello debido a que en los dictámenes médicos emitidos, en primer lugar, por la empresa Salud Ocupacional de Nariño Sonar S.A.S, se determinó una restricción laboral por cuanto existía una "(ilegible) DE COLUMNA LUMBAR RESTRICCIÓN TEMPORAL HASTA REALIZAR TEST DE ESCOLIOSIS"<sup>2</sup> y en segundo, por la entidad IDIME de 31 de octubre del año pasado, en el cual se dispuso que el accionante padece una ESCOLIOSIS LUMBAR, sugiriendo un test de escoliosis.

Manifestó que pese a que en los mentados dictámenes se sugería la realización de un test de escoliosis, éste no se efectuó, por el contrario, se adoptó la decisión de declararlo no apto para el cargo. Así, en los días dispuestos por la CNSC para presentar reclamación, a través de la plataforma SIMO, dispuesta para tal fin, puso de presente su inconformidad, fundada en aspectos técnicos y médicos que no fueron tenidos en cuenta por parte de la Comisión, puesto que jamás se solicitó la realización del test de escoliosis para determinar la posible inhabilidad médica.

Señaló que ante la carencia del referido examen para la valoración idónea de la restricción, el 20 de noviembre de 2019 acudió al Centro de Cuidados Cardioneurovasculares Pabón S.A.S, donde se le practicó el prenombrado examen, que arrojó como resultado: "*Actitud escoliotica torácica media de convexidad derecha, con ángulo de 6° y lumbar de convexidad izquierda, con ángulo de 7°, que corrige con los movimientos laterales izquierda -- derecha*)".

---

<sup>2</sup> Folio 2, Cuaderno primera instancia.

Avocado lo anterior, expuso que de conformidad con los parámetros establecidos en la Actualización de Inhabilidades Médicas emitido por la ARL Positiva y aprobados por la Coordinación de Promoción y Prevención del INPEC<sup>3</sup> (página 110), su grado de escoliosis no sería causal de rechazo para este proceso de selección por cuanto no es superior a 10°, empero, expresó que el día 10 de diciembre de 2019 le dieron respuesta a su reclamación de manera desfavorable y sin tener en cuenta los argumentos esgrimidos por el recurrente; alegando por último que la decisión tomada por las accionadas tiene una motivación errada.

Por lo anteriormente expuesto considera que se han visto vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso, acceso a la carrera administrativa por mérito y legítima confianza, de manera que solicitó al Juez constitucional como medida provisional que se le permita continuar con el proceso de selección y que al no resultar procedente ese pedimento, se suspenda transitoriamente la Convocatoria hasta tanto se resuelva su situación particular respecto a determinar su aptitud médica, como pretensiones principales, suplicó que se tutelen los derechos deprecados, y que en consecuencia, se ordene a las entidades accionadas realizar una valoración integral al test de escoliosis que determine su situación real de salud y por ende se lo declare apto para continuar con las etapas posteriores del concurso de méritos.

### **PROVIDENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN**

Previo recuento de los supuestos fácticos de la presente demanda y las pretensiones elevadas, la Judicatura de instancia

---

<sup>3</sup> Folio 57, Cuaderno primera instancia.

rememoró que la solicitud de medida provisional deprecada fue negada por falta de argumentación sobre la necesidad de la misma.

Después de los argumentos vertidos por la entidad accionada y vinculadas, en defensa de sus intereses, el *A Quo* efectuó algunas consideraciones legales y jurisprudenciales respecto de la acción de tutela, su procedencia excepcional contra actos administrativos en los concursos de méritos y en la selección de empleos públicos, el derecho fundamental al debido proceso e igualdad, para posteriormente hacer un estudio detallado del caso en concreto.

Rememoró que de los argumentos expuestos por la CNSC en la contestación allegada al trámite de tutela, se tiene que según el Acuerdo CNSC-2018000006196 de 2018, en su artículo 49, se dispuso que las reclamaciones sobre resultados de la valoración médica se deben interponer dentro de los 2 días siguientes a su publicación, especificando que de encontrarse alguna inconformidad con estos era necesario solicitar una segunda valoración ante la I.P.S contratada, asumiendo los costos para tal fin.

Ante el mentado panorama, la Judicatura de instancia resaltó que si bien el actor interpuso la reclamación dentro del término previsto para el efecto, impugnando los aspectos referentes a su no continuación con el proceso de selección, sin embargo, no solicitó la valoración de un segundo galeno.

Así las cosas, consideró el Despacho de primer nivel que existen otros medios de defensa judicial a los que el actor puede acudir como la acción contenciosa administrativa de nulidad y restablecimiento del derecho y resaltando el carácter subsidiario que reviste el mecanismo de amparo, dijo que la acción invocada

era improcedente, aunado a que para la Convocatoria en comento existe un procedimiento establecido en el Acuerdo No CNSC - 20181000006196 de 2018 respecto del cual los aspirantes están en la obligación de leerlo y ceñirse a sus lineamientos, que en esa medida el Juzgado no podría ir en contravía de lo allí preceptuado pues ello afectaría el debido proceso de las entidades accionadas.

Finalmente dispuso que no existió ilegalidad en la actuación de las entidades demandadas, que en ese orden, todo se ha surtido dentro del marco legal y constitucional, de modo que, al no encontrarse acreditada la procedencia de la acción de tutela y que tampoco se corroboró la existencia de vulneración de derechos, no se amerita la intervención del Juez constitucional, por lo cual procedió a declarar la improcedencia de la acción impetrada.

### **SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN**

Dentro del término legal, el accionante interpuso impugnación mediante escrito con acuso de recibo de 13 de enero de 2020<sup>4</sup>, sustentado bajo los siguientes argumentos:

Discrepó del fallo de primera instancia en lo que atañe a la improcedencia de la acción de tutela por falta del requisito de subsidiariedad, haciendo alusión a que ésta procede excepcionalmente ante la configuración de un perjuicio irremediable, lo que para su caso señaló, el actuar de los accionados al no permitirle continuar con el proceso de selección le genera perjuicios no solamente presentes sino también futuros, ya que si bien podría acudir a la acción contenciosa de nulidad y restablecimiento del derecho esta surtiría efectos de

---

<sup>4</sup> Folio. Nro. 70

manera tardía, razón por la cual, a su juicio, el Juez de tutela puede excepcionalmente tener conocimiento de tales casos cuando se configure un perjuicio irremediable.

Señaló que las accionadas no siguieron las indicaciones de las empresas evaluadoras, pues estas últimas sugirieron un test de escoliosis para determinar el grado de esta patología y pese a que se practicó dicho examen con sus propias expensas, siendo este aportado a la reclamación, en la respuesta emitida por la CNSC nada se dijo al respecto.

Adicionalmente, manifestó que nunca se le realizó una valoración médica para determinar la escoliosis, por lo que no era dable ante su inconformidad solicitar una segunda valoración cuando no existió un examen previo sobre esta patología, puesto que su diagnóstico, alegó, es meramente especulativo.

Por las razones expuestas, el actor solicita a esta Corporación que revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se tutelen los derechos fundamentales deprecados, que por consiguiente, se ordene a las entidades accionadas y/o vinculadas que le permitan continuar con las fases subsiguientes de la Convocatoria 800 de 2018.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **COMPETENCIA**

Esta corporación es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Considerando la decisión de primer grado y la manifestación de inconformidad por parte del accionante dentro del presente trámite, la Sala deberá determinar de manera previa, si el mecanismo de tutela interpuesto en procura de la protección de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad y acceso a cargos públicos, es el idóneo para el caso en estudio.

De superarse el anterior filtro, se procederá a analizar si existió o no vulneración de los derechos deprecados por la parte actora en contra de la entidad accionada y vinculadas.

## **DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO**

### **1) Debido proceso administrativo**

En cuanto al debido Proceso como derecho fundamental, se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, y se debe aplicar en procedimientos judiciales y actuaciones administrativas. La jurisprudencia lo ha definido como el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, por medio del cual se busca la protección de los derechos del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa.

Conforme a lo expresado anteriormente, el debido proceso en cuanto a las actuaciones administrativas, ha sido definido como una serie de exigencias impuestas por la ley, que se deben acatar por parte de las autoridades administrativas, con el fin de que se imprima validez sobre sus decisiones y se garantice el

goce efectivo del derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.

Con base en ello, la Corte constitucional, en Sentencia T-404-14, expresó que:

*“la garantía del derecho al debido proceso administrativo se materializan a su vez otras prerrogativas constitucionales, tales como: (i) el principio de legalidad; (ii) el acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva de los derechos humanos; (iii) a que se adelante por la autoridad competente y con pleno respeto de las formas propias de cada juicio definidas por el legislador; (iv) a que no se presenten dilaciones injustificadas; (v) el derecho de defensa y contradicción; (vi) el derecho de impugnación; y (vii) la publicidad de las actuaciones y decisiones adoptadas en los procedimientos, entre otras. Estas garantías se interrelacionan, de tal forma que no pueden ser aplicadas de manera aislada en los procesos judiciales o administrativos, por ejemplo, el principio de publicidad constituye una condición para el ejercicio del derecho de defensa<sup>5</sup>.*

En concordancia al debido proceso administrativo en los concursos de méritos y la Convocatoria como ley que regula el mismo, es menester dirigirse en primer término al artículo 125 Constitucional que señala: *“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera”*. El mismo precepto resalta que los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público, estableciendo así el mecanismo idóneo para su materialización.

Jurisprudencialmente<sup>6</sup> se ha definido el concurso como:

*“El mecanismo establecido por la Constitución para que en el marco de una actuación imparcial y objetiva, se tenga en cuenta el mérito como criterio determinante para proveer los distintos cargos en el sector público, a fin de que se evalúen las*

<sup>5</sup> Corte Constitucional - Sentencia T-404-14

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-090 de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva



*capacidades, la preparación y las aptitudes generales y específicas de los distintos aspirantes a un cargo, para de esta manera escoger entre ellos al que mejor pueda desempeñarlo, dejando de lado cualquier aspecto de orden subjetivo.*

...

*Ahora bien, el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)<sup>7</sup>.*

En cuanto a las normas específicas que regulan cada concurso de méritos, la H. Corte Constitucional, al asumir el estudio de varias acciones de tutela formuladas contra el concurso público de méritos que se adelantó para proveer los cargos de notarios en el país, mediante sentencia SU-913 de 2009, señaló que:

*"(i) las reglas señaladas para las Convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales; (ii) a través de las reglas obligatorias del concurso, la administración se autovincula y autocontrola, en el sentido de que debe respetarlas y que su actividad en cada etapa se encuentra previamente regulada; (iii) se quebranta el derecho al debido proceso y se infiere un perjuicio cuando la entidad organizadora del concurso cambia las reglas de juego aplicables y sorprende al concursante que se sujetó a ellas de buena fe". (Negrillas fuera del texto).*

## **ii) El derecho a la igualdad y acceso a cargos públicos por concurso de méritos**

---

<sup>7</sup> En sentencia T-514 de 2001 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), la Corte señaló que *"el debido proceso en los asuntos administrativos implica que el Estado se sujete a las reglas definidas en el ordenamiento jurídico, no solamente en las actuaciones que se adelanten contra los particulares para deducir responsabilidades de carácter disciplinario o aquellas relativas al control y vigilancia de su actividad, sino en los trámites que ellos inician con el objeto de cumplir una obligación o de ejercer un derecho ante la administración, como es el caso del acceso a los cargos públicos"*.

En lo atinente al derecho a la igualdad debe decirse que las Convocatorias para acceso a un cargo son de carácter público, procedimiento que guarda respeto por la Constitución y la ley, y evidentemente es leal con las personas que desean ser partícipes del mismo. En efecto, el Concurso de méritos desarrollado a través de sus Acuerdos y Convocatorias se ciñe a reglas delimitadas desde la Carta Magna, requisitos que deben cumplirse para efectivizar la materialidad de la igualdad y el acceso a un cargo público por mérito.

La Máxima Gardiana<sup>8</sup> de la Constitución ha determinado:

*“La única forma de hacer efectivos todos los fines de un concurso de méritos es garantizando que todos los aspirantes a ocupar un cargo en el Estado, participen en igualdad de condiciones y, por ello, es imperativo (i) la inclusión de requisitos o condiciones compatibles con el mismo; (ii) la concordancia entre lo que se pide y el cargo a ejercer; (iii) el carácter general de la Convocatoria; (iv) la fundamentación objetiva de los requisitos solicitados; y (v) la valoración razonable e intrínseca de cada uno de estos”[98]. La acreditación de estos requisitos permite inferir que el concurso tiene la finalidad de respetar los derechos fundamentales de quienes van a ser aspirantes dentro del mismo.”*

En ese presupuesto no puede pretenderse el cobijo del derecho a la igualdad, cuando un aspirante no se ha regido por los parámetros que se establecen en el Acuerdo, esto en consideración al desequilibrio que ocasionaría a los participantes que mantuvieron la línea y cumplieron todas las disposiciones.

### **iii) Procedencia de la acción de tutela en desarrollo de concurso de méritos**

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-059 de 2019. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

La acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 5 y 6 del decreto 2591 de 1991, se ha definido como un mecanismo residual y expedito por medio del cual se propone la protección inmediata de derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

A este mecanismo tutelar pueden acudir los ciudadanos que estimen vulnerada una prerrogativa en virtud de la acción u omisión de una autoridad pública o particular. Siempre y cuando el afectado no disponga de otro mecanismo ordinario de defensa, o si lo tuviere éste no sea lo suficientemente idóneo como para evitar el menoscabo de sus derechos y eventualmente conjurar un perjuicio irremediable, por lo cual, la acción de tutela se rige por los principios de subsidiariedad e inmediatez.

En este punto se hace necesario, previo a entrar a dilucidar los tópicos expuestos por la parte impugnante, verificar la procedencia de la acción interpuesta.

Como bien se conoce, los debates respecto de los actos administrativos proferidos por los entes estatales, deben ser resueltos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa; sin embargo, el Máximo Órgano de Control Constitucional, también ha dispuesto jurisprudencialmente unas excepciones puntuales, para que la acción de tutela proceda transitoriamente contra actos administrativos, siempre que se cumplan unos mínimos requisitos, así:

*“La Corte ha admitido la posibilidad de que el juez constitucional ordene la inaplicación de disposiciones legales y de los actos administrativos de carácter general o particular que fueron expedidos con base en aquéllas, cuando se acredite plenamente en cada caso particular la existencia de un perjuicio que: (1) produzca de manera cierta y evidente la amenaza grave de un*

*derecho fundamental; (2) de concretarse el riesgo no sea posible reparar el daño que ello origine; (3) presente un inminente acaecer; (4) solo pueda conjurarse mediante la medida de protección; y, (5) dada la naturaleza e importancia de los hechos la urgencia de la tutela de los derechos fundamentales amenazados resulte imprescindible*".<sup>9</sup>

Ahora, tampoco ha sido ajeno al conocimiento del Alto Tribunal Constitucional el estudio de la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos emitidos de manera específica en el desarrollo de concursos públicos de méritos, es así como en sentencia T-090 de 2013 se sentaron dos subreglas a través de las cuales es admisible darle paso a la procedencia del medio constitucional de defensa para controvertir las decisiones mencionadas. Así pues, conforme se estableció en la jurisprudencia en cita es permitido hacer uso de la acción de tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos en los siguientes eventos:

*"3.1. En múltiples oportunidades esta Corporación ha precisado que la acción de tutela es improcedente, como mecanismo principal y definitivo, para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos, ya que para controvertir la legalidad de ellos el ordenamiento jurídico prevé las acciones contencioso-administrativas, en las cuales se puede solicitar desde la demanda como medida cautelar la suspensión del actor. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional.*

*3.2. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha trazado dos subreglas excepcionales en las cuales el carácter subsidiario de la acción de tutela no impide su utilización a pesar de existir mecanismos alternos de defensa judicial al alcance del interesado. Esas subreglas se sintetizan en que procede excepcionalmente la tutela contra actos administrativos que regulan o ejecutan un proceso de concurso de méritos (i) cuando el accionante la ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, el cual debe cumplir con los requisitos de ser inminente, de*

<sup>9</sup> Sentencia T-1231 de 2008 M.P. Dr. Mauricio Gonzáles Cuervo.

*requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergerable; y, (ii) cuando el medio de defensa existe, pero en la práctica es ineficaz para amparar el derecho fundamental cuya protección se invoca y que en caso de no ser garantizado, se traduce en un claro perjuicio para el actor.”<sup>10</sup> (Negrillas de la Sala)*

Las subreglas a que se hace mención en la anterior decisión, fueron además reiteradas en sentencia de unificación SU-553 de 2015.

Resulta también pertinente, traer a colación el reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional Sentencia T-059 de 2019, en el cual se analiza el proceso concursal adelantado para proveer el cargo de Gerente de la E.S.E. Hospital Departamental de Nariño.

En el mencionado fallo, se hace un recuento de la línea jurisprudencial, antes aludida, la que tuvo variación a raíz de la expedición de la Ley 1437 de 2011<sup>11</sup> con la cual se abrió la posibilidad de solicitar medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como la reducción de la duración de los procesos, por lo cual se hizo necesario revisar la eficacia de los mecanismos de defensa allí dispuestos de cara a estas nuevas herramientas que, al igual que la acción de tutela, también permiten suspender los actos que causan la vulneración de los derechos fundamentales.

Continúa la Corte su estudio, invocando la sentencia SU-691 de 2017, en la que la Sala Plena tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la

---

<sup>10</sup> Sentencia T-090 de 2013, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo

<sup>11</sup> “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez, considerando que las mismas *“permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.*

Agregó la Corte que *“en materia de concurso de méritos el término prolongado que tardan en ser resueltas las pretensiones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, extiende en el tiempo la vulneración de derechos, sumado a ello que el restablecimiento del derecho no garantiza el acceso al cargo para el cual se concursó, logrando en última instancia una compensación económica al perjuicio consumado; haciéndose evidente que el medio de control establecido en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no es el medio de defensa adecuado para garantizar de manera efectiva y eficaz la protección de los derechos conculcados”.*

Así las cosas la Alta Guardiana de la Constitución, indicó en el punto 20 del fallo de tutela T-059 de 2019 que estamos reseñando:

*“Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en*

*el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante”.*

Más adelante indicó la Corte en relación a concursos en los que se involucra la designación de un servidor público para cargos de período, que el mecanismo ordinario ante lo Contencioso Administrativo, no sería idóneo en la medida en que *“la espera de una decisión judicial en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, implicaría que no se daría prevalencia al principio de mérito, eje fundamental del Estado colombiano, en tanto que seguramente la decisión podría ser tomada después de la vigencia del período”.*

Por lo anterior, la Corte en sede de revisión, determinó la procedencia del trámite tutelar y pasó a estudiar de fondo la pretensión invocada.

Con estos antecedentes jurisprudenciales, pasa la Sala a estudiar el caso en concreto respecto de la situación de la parte actora, manteniendo la línea interpretativa que ha permitido a la Magistrada Ponente, a establecer como superado el requisito de subsidiariedad para resolver de fondo frente a las pretensiones tutelares, lo cual se refuerza con lo exigido por la Corte Constitucional en la sentencia T-059 de 2019, para estudiar la idoneidad del mecanismo ordinario Contencioso Administrativo incluyendo aquellas herramientas jurídicas que involucran la solicitud y decreto de medidas cautelares, a fin de realizar *“un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados*

*a considerar: "(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados".*

Lo anterior teniendo en cuenta, además, que la Corte expone el caso relacionado con los cargos de período, a manera enunciativa y no taxativa, a fin de que se evalúen los aspectos indicados según corresponda para cada situación en específico.

En ese orden de ideas, un análisis en abstracto nos permite establecer que en general el adelantamiento de un proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no sería idóneo para definir en el menor tiempo posible si en desarrollo de la Convocatoria N° 800 de 2018 de la CNSC, se vulneró o no una prerrogativa de carácter fundamental del actor.

En cuanto a un análisis de la eficacia en concreto, se puede establecer que una demanda de nulidad y restablecimiento de derechos, con una solicitud de medida cautelar de suspensión, no permitiría obtener los resultados que puedan lograrse a través de la acción tutelar, porque las explicaciones suministradas en esta oportunidad por las entidades accionadas, permiten adoptar una decisión con mayor prontitud sin necesidad de agotar todas las etapas procesales que conllevan el proceso ordinario, que al final puede resultar en la imposición de medidas de suspensión, que resulten innecesarias. Tal actuación afectaría todo el proceso concursal, en detrimento del derecho que les asiste a los participantes incluyendo los accionantes, para acceder a los cargos vacantes con base en el mérito, pues ello se lograría en un período de tiempo mucho mayor que aquel que se requiere en el trámite de tutela.

#### **iv) Caso concreto**



Conforme a lo expuesto, se establece que el proceso concursal en el cual participa el aspirante Juan Pablo Martínez Bucheli, se encuentra en curso, no ha sido suspendido y por el contrario se está desarrollando conforme a las reglas de la Convocatoria 800 de 2018 llevada a cabo por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), para el cargo de Dragoneante en el Instituto Penitenciario y Carcelario (INPEC), bajo el número de OPEC 74588.

Siendo así, el hecho de que el precitado haya sido excluido del concurso por su condición física conforme a la valoración médica realizada por la empresa Salud Ocupacional de Nariño Sonar S.A.S, que determinó una restricción laboral de *ESCOLIOSIS*, le impide continuar con el proceso, puesto que surge una inhabilidad como así lo explica la CNSC, para ingresar al Curso de Formación o Complementación en la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC.

El obstáculo que encuentra el accionante para concretar su aspiración laboral e ingresar bajo los parámetros del mérito, genera consecuencias definitivas que no es posible superar en el corto plazo si se acude a los mecanismos procesales ordinarios de tipo Contencioso Administrativo, que por la temporalidad en que se resuelve supera cualquier fase concursal, cuando los principios de acceso a la función pública exigen su culminación en el menor tiempo posible.

En esa medida, el perjuicio que se produce resulta irremediable, si a una persona que pueda afectarse por una decisión de la entidad contratante, se le resuelve por fuera del período del proceso de selección, cuando las vacantes hayan sido provistas.

Con este análisis se concluye que el principio de subsidiariedad del mecanismo tutelar se encuentra superado para declarar la procedencia del mismo, como sucede también con el principio de inmediatez ya que el afectado acudió al juez constitucional en un término razonable después de que fuese enterado de su exclusión, al punto de que el concurso aún se encuentra en desarrollo.

En ese orden, es menester para esta Judicatura conforme a los fácticos del escrito tutelar, abordar de fondo lo referente a la reclamación realizada por el accionante ante la CNSC, frente a la decisión que lo declaró como no apto para continuar con el proceso de selección de la Convocatoria 800 de 2018, en la cual manifestó su inconformidad sobre las pruebas médicas realizadas, alegando que de ellas no se logró determinar a ciencia cierta el grado de escoliosis que padece, al igual que se hacía necesario para tomar una decisión al respecto la realización de un test de escoliosis según recomendación médica de la entidad evaluadora.

Se avizora que el actor se practicó dicho examen, asumiendo los costos del mismo, ante en el Centro de Cuidados Cardioneurovasculares Pabón S.A.S, y lo allegó junto a su reclamación, poniendo de presente que de los resultados arrojados se determinaba que su grado de escoliosis no supera los 10°, por lo que no había lugar a declarar su exclusión de conformidad con los parámetros establecidos por la ARL Positiva y aprobados por la Coordinación de Promoción y Prevención del INPEC, sobre inhabilidades de salud y seguridad para Dragoneante versión 4 de 2017<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Folio 57, Cuaderno Primera instancia.

Frente al anterior panorama, se observa del estudio realizado a la documentación aportada al presente trámite que el actor efectivamente fue valorado por la entidad de Salud Ocupacional de Nariño Sonar S.A.S y la I.P.S IDIME, practicándosele un examen RX columna dorso lumbar<sup>13</sup>, cuyos resultados muestran una escoliosis lumbar a convexidad izquierda, diagnóstico que según informe médico ocupacional de aptitud de ingreso contiene restricciones laborales para la manipulación de cargas, bipedestación prolongada, marchas prolongadas, así como limitación para realizar movimiento flexo-intensión de la columna<sup>14</sup>, generándose una restricción temporal hasta la realización del test de escoliosis, pruebas que demuestran, contrario a lo que afirma el actor en el escrito de impugnación,<sup>15</sup> que si existió una primera valoración frente a esa patología.

Bajo esa tesitura, en estudio al caso de marras esta Sala logró determinar que si bien efectivamente en el mentado diagnóstico se sugiere la realización de un test de escoliosis para determinar su grado, se tiene que según el reglamento de inhabilidades de salud y seguridad Dragoneante versión 4.0 2017, dentro de las justificaciones de inhabilidad por esta patología no se encuentra únicamente la de desviaciones superiores a 10°, sino también las que se plasmaron como restricciones al aspirante en el diagnóstico médico y se referenciaron con anterioridad, tales como, restricción para la manipulación de cargas, bipedestación prolongada, marchas prolongadas, así como limitación para realizar movimiento flexo-intensión de la columna, ya que si bien la curvatura no puede superar el grado establecido, si puede generar problema para la

---

<sup>13</sup> Folio 33, *Ibidem*

<sup>14</sup> Folio 9, *ib.*

<sup>15</sup> Folio 157, *ib.*

ejecución de las citadas actividades, motivos que llevaron a declararlo no apto para continuar con el proceso de selección.

Pese a lo anterior el actor acudió a una entidad particular para obtener una prueba que determine que su grado de escoliosis no es superior a los 10°, pasando por alto que aquellos diagnósticos emitidos por entidades diferentes a las contratadas de manera directa para el proceso de selección no serían aceptados de conformidad con el Acuerdo 20181000006196 de 2018 de la Convocatoria 800 de 2018, artículo 45 el cual establece:

**“ARTÍCULO 45. IMPORTANCIA Y EFECTOS DEL RESULTADO DE LA VALORACIÓN MÉDICA.** *Con la valoración médica practicada a cada aspirante que supere el concurso, se analiza la aptitud médica y psicofísica, entendida ésta de manera general como la capacidad mental y física que posee un ser humano para desempeñar una actividad u oficio.*

*La capacidad física es la compatibilidad adecuada, evaluada por el médico examinador, entre el profesigramo psicofísico para una función específica y el conjunto de cualidades y condiciones físicas del aspirante a dicha función. Esta capacidad en cada aspirante citado a practicarse exámenes médicos, se evaluará por medio de los siguientes instrumentos presentes en el profesigramo adoptado por el INPEC: a) La historia clínica ocupacional, con énfasis en el sistema neurológico y osteo-muscular, b) La ficha de evaluación de la carga física y c) La ficha de evaluación osteo muscular.*

*La capacidad médica y psicofísica de los aspirantes a ingresar como alumno de la Escuela Penitenciaria Nacional, se califica bajo los conceptos de APTO Y NO APTO.*

*El aspirante que cumpla con todas las condiciones médicas, físicas, psicológicas y demás que le permitan desarrollar normal y eficientemente la actividad correspondiente, según el Profesigramo del Empleo de Dragoneante establecido por el INPEC, será considerado APTO.*

*Será calificado NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, según el Profesigramo del Empleo de*

*Dragoneante establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección.*

**El único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección .(Subraya Fuera del Texto Original)**

*La valoración médica practicada a cada aspirante no es una prueba dentro de la Convocatoria, sino que constituyen un requisito para ingresar al Curso de Formación o Complementación en la Escuela Penitenciaria Nacional del INPEC, el resultado de los exámenes médicos después de resueltas las reclamaciones, tendrá carácter de definitivo.*

*El aspirante que obtenga calificación definitiva de NO APTO en la Valoración Médica, será excluido del proceso de selección en esa instancia.” (Subrayado y negrilla por fuera del texto original).*

Como se avizora en los citados párrafos, el diagnóstico más beneficioso que el actor aportó y utilizó para soportar su reclamación, no pudo ser valorado o tenido en cuenta, toda vez que éste, no se ciñe a los lineamientos que se establecieron para la Convocatoria en comento, pues el examen se practicó en una entidad diferente a **la entidad especializada contratada previamente para tal fin**; admitir lo contrario, daría lugar a un desequilibrio que afectaría de forma contundente a los participantes que mantuvieron la línea y si cumplieron con todas las disposiciones de la Convocatoria.

Dicho lo anterior y con ocasión a que cada uno de los aspirantes tuvo conocimiento de la normatividad que regiría el concurso, donde se establece que una herramienta idónea para el propósito perseguido por el actor, como lo es una segunda valoración, podía ser solicitada en el proceso de reclamación, en consecuencia, debió ceñirse a esos lineamientos y no realizarla a

mutuo propio como aconteció en el *sub examine*. Sobre este tópicó el parágrafo del artículo 49 *Ibidem* establece:

***“PARÁGRAFO: A solicitud de los aspirantes en el proceso de reclamación, podrá realizarse una segunda valoración médica con la misma IPS contratada, cuyos costos deberán ser asumidos por el aspirante.”*** (Negrilla fuera del texto original).

Estando regulado en el Acuerdo de la Convocatoria cual era el procedimiento a seguir en caso de inconformidad, encontrándose dentro del plazo para formular la reclamación, lo eficaz y correcto era solicitar una segunda valoración pero con la misma IPS contratada para el efecto, en la que también se le practique el test de valoración de escoliosis, asumiendo los costos que ello demande.

Así las cosas, el accionante no cumplió con los requisitos exigidos según las reglas de la Convocatoria, dando lugar a su imposibilidad de continuar en el proceso, ante lo cual, es pertinente aclarar que la CNSC dio a conocer públicamente las condiciones bajo las cuales se llevaría a cabo el concurso de méritos y ante tal circunstancia si el accionante decidió ser participe de dicho proceso de selección, debía conocer de manera previa los requisitos exigidos para el cargo aspirado, las fechas de inscripción, los documentos que debía adjuntar a la plataforma SIMO y demás condicionamientos.

De esta manera concluye esta Corporación que no se evidencia vulneración alguna de los derechos deprecados por el accionante, puesto que el proceder de la CNSC y la Universidad de Pamplona se acopla a las reglas del concurso establecidas estas en el Acuerdo CNSC - 20181000006196 del 12 de octubre de 2018 de la Convocatoria No. 800 de 2018 - INPEC Dragoneantes.

Corolario de todo lo anterior, procederá esta Colegiatura a revocar la decisión de primera instancia en lo referente a la determinación que declaró la improcedencia de la acción de amparo, si en cuenta se tiene el análisis jurídico y jurisprudencial que se realizó sobre la idoneidad del mecanismo constitucional en desarrollo de concursos de méritos, y de otra parte, se adicionará un numeral que determine la negativa del amparo frente los derechos fundamentales invocados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia de 02 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, y su lugar, **DECLARAR** que la acción de tutela interpuesta si es procedente para realizar un estudio de fondo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

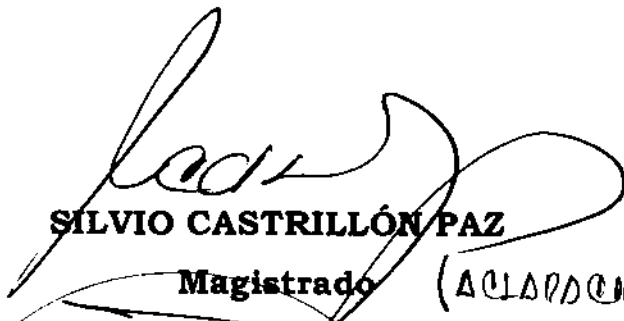
**SEGUNDO: ADICIONAR** un numeral a la sentencia antes indicada, en sentido de, **NO TUTELAR** los derechos fundamentales deprecados por el señor Juan Pablo Martínez Bucheli, según los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente providencia.

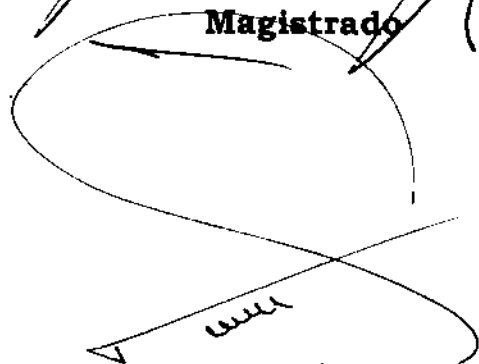
**TERCERO: NOTIFÍQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

**CUARTO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO**  
Magistrada

  
**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**  
Magistrado (ACORDACIÓN DE VOTO)

  
**FRANCO SOLARTE PORTILLA**  
Magistrado (Acordación de voto)

TRIBUNAL SUPERIOR  
SALA PENAL  
SECRETARIA  
San Juan de Pasto.  
05 FEB 2020  
En la fecha se registra proyecto  
  
SECRETARIA

  
**JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ**  
Secretario



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto*  
*Sala de Decisión Penal*

**ACLARACIÓN DE VOTO**

Como quiera que los suscritos Magistrados plasman su firma en el proyecto presentado por la Honorable Dignataria Blanca Lidia Arellano Moreno como ponente, nuestra postura si bien es conforme a la proferida en cuanto a la negativa del amparo constitucional contra los derechos fundamentales presuntamente vulnerados por las accionadas al señor JUAN PABLO MARTÍNEZ BUCHELI, no obstante consideramos que la decisión que debía asumirse era por la improcedencia de la acción de tutela, en consideración al conocimiento que nos asiste en cuanto a que en diversas ocasiones ha sido resuelta la controversia jurídica conforme al pensamiento expresado, por manera que es nuestro deber expresar lo siguiente:

En cuanto al caso en concreto debemos resaltar que la Convocatoria 800 del 2018- INPEC Dragoneantes, tiene como asidero el Acuerdo 20181000006196 del 12 de octubre del 2018, mediante el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC- estableció las reglas para adelantar al mencionado proceso de selección, al igual que los requisitos para acceder a los empleos, mismos que al ser publicados fueron materia de aceptación por parte de los aspirantes.

Ahora bien, en el caso concreto el accionante expone su inconformidad frente a la decisión adoptada por la CNSC, pues fue declarado NO APTO en razón a que adolece de: "ESCOLIOSIS LUMBAR"; que fue diagnosticada por la entidad IDIME, lo que le impide continuar en el proceso de selección, puesto que surgen con ello una inhabilidad, es decir, debate la legalidad del acto administrativo de contenido general, esto es el Acuerdo 20181000006196 del 12 de octubre del 2018, mismo que es demandable por la vía contencioso administrativa, siendo este el mecanismo de defensa que puede ejercer el titular de la acción para la atención de sus súplicas, lo que conlleva claramente a la improcedencia de la acción constitucional.

Así las cosas se tiene que en múltiples pronunciamientos la Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela se caracteriza por ser un mecanismo subsidiario y residual, en tanto que su procedibilidad se concreta a dos hipótesis: "*(i) cuando se acredita que los mismos no son lo suficientemente idóneos para otorgar un amparo integral, o (ii) cuando no cuentan con la celeridad necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.*"<sup>1</sup>

De tal manera que si bien es cierto se ha establecido que la acción de tutela constituye un mecanismo de especial protección, sus efectos no pueden extenderse indiscriminadamente a todos los niveles del ordenamiento jurídico, de tal manera que al tratarse de actos administrativos, el Tribunal de cierre en la materia ha establecido lo siguiente: "*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*

---

<sup>1</sup> Sentencia T- 160 de 2018.

*nulidad o la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho, que puede ser acompañada con la solicitud de suspensión provisional*".<sup>2</sup>

Por ende, se concluye que cuando las cuestiones que son objeto de tutela se encuentran plasmadas en actos administrativos de carácter general o particular, en principio no es viable el mecanismo constitucional para controvertirlos al existir en el ordenamiento jurídico otros instrumentos de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como lo son la acción de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, que pueden ser acompañadas de la solicitud de suspensión provisional. Los que entonces podían ser activados por el titular de la acción superior bajo estudio, pero sin embargo dejó de hacerlo para acudir directamente a la acción superior.

Al tenor de lo previsto no se puede dejar de lado que si en gracia de discusión se dijera que la acción de tutela es viable para los propósitos mencionados por el actor, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en advertir que ello solamente es posible en tanto se pueda predicar la existencia de un perjuicio irremediable<sup>3</sup> para entonces dar paso a su procedencia y por ende el amparo de los derechos presuntamente afectados, sin embargo, en el *sub examine* ello no fue acreditado por el tutelante, en tanto que se logró verificar que NO existía una situación inminente, grave y urgente para que de manera impostergable deba ser valorada la presunta trasgresión de sus prerrogativas constitucionales por el medio subsidiario como lo es la tutela.

---

<sup>2</sup> Sentencia T- 441 de 2017.

<sup>3</sup> Sentencia T- 161 de 2017.

Se suma a las consideraciones expuestas una decisión de un caso similar al tratado en el que se declaró la improcedencia del mecanismo constitucional al observar exactamente que los accionantes tienen la posibilidad de activar los mecanismos establecidos en la jurisdicción contenciosos administrativa para hacer valer sus intereses<sup>4</sup>.

No obstante a lo dicho, es claro mencionar que fueron las razones expuestas en Sala, propias de la dinámica judicial, las que nos llevaron a respaldar la postura planteada por la Magistratura ponente. En este sentido dejamos expuesta nuestra aclaración de voto.

Cordialmente,



**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**  
Magistrado



**FRANCO SOLARTE PORTILLA**  
Magistrado

<sup>4</sup> Sala de Decisión Penal, Tribunal Superior Distrito Judicial de Pasto. Tutela del 10 de abril del 2019. Rad. 2019-00007-01, M. P. Franco Solarte Portilla.