



Vélez Santander, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veinte (2020)

Radicado: 6886131004002-2020-00021-00

Accionante: Duvan Gamboa Jerez

Accionado: Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC

*Vinculados: Universidad de Pamplona, Instituto Nacional
Penitenciario – INPEC, IPS OMNISALUD*

*Derecho Invocado: dignidad humana, debido proceso,
Trabajo en condiciones dignas y justas, y otros*

=====

OBJETO DE LA DECISIÓN

Cumplidas las ritualidades previstas en el Decreto 2591 de 1991, procede el Despacho a proferir fallo de tutela dentro de la acción presentada por el señor Duvan Gamboa Jerez, en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, siendo vinculados la Universidad de Pamplona, el Instituto Nacional Penitenciario –INPEC y la IPS SISO Colombia S.A.S., por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública y confianza legítima.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor DUVAN GAMBOA JEREZ, radicó el día 6 de marzo de 2020, demanda de tutela ante los Juzgados Promiscuos Municipales (reparto) de Barbosa Santander, la cual correspondió por reparto al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de esa localidad, despacho que mediante providencia de la misma fecha, se abstuvo de avocar conocimiento por factor territorial, en razón a que el accionante DUVAN GAMBOA JEREZ, tiene su domicilio en la Vereda Lomalta del Municipio de Bolívar Santander, aunado a ello, de conformidad con lo normado en el decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, la accionada es una entidad del orden nacional, por tanto la competencia para conocer de la acción de tutela contra la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, recaía ante los Juzgados del Circuito; las diligencias fueron remitidas mediante oficio No 232 del 9 de marzo de 2020.



La acción constitucional, correspondió por reparto a este Despacho Judicial, y mediante providencia de fecha diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020, se avocó conocimiento y fue admitida a trámite la presente acción de tutela, ordenándose la notificación a la entidad accionada a fin de que ejerciera el derecho de defensa y contradicción, y se pronunciara al respecto; en la misma decisión se ordenó vincular al trámite tutelar a la Universidad de Pamplona, al Instituto Nacional Penitenciario – INPEC y a la IPS OMNISALUD, institución prestadora de salud que realizó las valoraciones médicas al accionante, y demás terceros interesados en el presente trámite, ordenándose a las accionadas la publicación del auto admisorio y el texto de la demanda de tutela en las respectivas páginas Web, a fin que ejerciera el derecho de defensa y contradicción, y se pronunciaran al respecto. Así mismo, se ordenó oficiar a la Procuraduría Judicial para asuntos administrativos de la ciudad de Bogotá, remitiera constancia de la radicación de la solicitud de la Conciliación Prejudicial, interpuesta por el doctor José Gerardo Estupiñan Rodríguez, apoderado del accionante y otros, contra la CNSC. Igualmente dispuso tener como prueba los documentos anexados tanto por el accionante como por las entidades accionadas y vinculadas.

DE LA DEMANDA DE TUTELA:

DUVAN GAMBOA JEREZ, presentó como hechos vulneradores de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública y confianza legítima, por parte de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC, los que se sintetizan así: **1)** Participó en el concurso abierto de méritos- convocatoria No 800 de 2018, para el cargo de dragoneante, proceso vigilado y administrado por la CNSC. **2)** Que cumplió con todos los requisitos exigidos por la OPEC, de acuerdo con el cargo aspirado, obteniendo como resultado admitido. **3).** Presentó pruebas escritas y físico atlética, con excelentes resultados que lo ubican entre los primeros puestos para ser citado a valoración Médica, como último requisito para continuar en curso en la Escuela Nacional Penitenciaria. **4)** Le fue realizada en dos oportunidades valoración médica por



la entidad de salud contratada por la CNSC, acreditando que su estado de salud ocupacional es óptimo, conforme los demuestran todos los exámenes médicos practicados. **5)** En la valoración médica, se incluyó una restricción con una supuesta alteración en el examen de electrocardiograma (bloqueo de Rama derecha), que al ser valorado a profundidad con entidades médicas reconocidas se pudo identificar que no existe el diagnóstico reportado y adicionó que al terminar los exámenes se le informó que estaba todo en normalidad. **6)** La Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC, el día 10 de diciembre de 2019, después de su solicitud de segunda valoración, confirmó la decisión sosteniéndose en su error, lo cual lo discrimina, sustrayéndole el derecho a acceder a un cargo público, por encontrar una alteración del electrocardiograma inexistente, sin resolver de fondo su reclamación y sin otorgar la posibilidad de impugnar o interponer los recursos de ley en contra de la decisión de excluirlo del proceso y sin presentar razones técnico-científicas ante las que pueda proponer medio de control en la vía contencioso-administrativa. **7)** Indicó que otorgó poder a un profesional del derecho para que representara sus intereses particulares en acción contencioso-administrativa, quién le informó y le certificó que dentro del término de los cuatro meses, radicó solicitud de conciliación para agotar el requisito de procedibilidad de conciliación extrajudicial, y posteriormente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por acumulación de nulidad con solicitud de suspensión provisional de los efectos de la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC, que confirmó su exclusión de la convocatoria 800 de 2018 y de manera especial contra los actos administrativos generales que reglamentan la convocatoria y que expresamente establecen en contra del orden legal que no procede ningún recurso contra las decisiones definitivas de la CNSC. **8)** Finalmente refirió que la competencia para los medios de control que se plantean ante el Consejo de Estado, las medidas cautelares se resuelven en un promedio de 2 años y el fallo definitivo en tiempo indeterminado.

Con base en ello solicitó al Juez Constitucional, como mecanismo transitorio:

- 1)** Que sean amparados sus derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública y confianza legítima.
- 2)** Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, en un término



perentorio, dejar sin efecto la decisión definitiva de exclusión de la convocatoria 800 de 2018, bajo la demostración de actividad ante la jurisdicción contencioso-administrativa y consecuentemente se le permita continuar con las etapas restantes del concurso, a fin de cumplir con el curso de la Escuela Nacional Penitenciaria y posterior nombramiento y posesión en período de prueba para el cargo de dragoneante del INPEC.

Allegó como pruebas: **1)** Fotocopia de la historia clínica con valoración de salud ocupacional y todos los exámenes de diagnóstico médico (folios 1-28). **2)** Fotocopia de la respuesta de la CNSC, de fecha 10 de diciembre de 2019 (folios 29-32). **3)** Fotocopia de electrocardiograma de fecha 12 de febrero de 2020, practicado por el doctor Franklin Roberto Quiroz Díaz (folio 35). **4)** Fotocopia de Historia Clínica de fecha 12 de febrero de 2020 (folio 36). **5)** Fotocopia de electrocardiograma de fecha 11 de febrero de 2020, practicado en el Hospital Local de Bolívar (folio 37). **6)** Fotocopia de oficio de fecha 20 de febrero de 2020 (folio 38). **7)** Fotocopia de solicitud de conciliación prejudicial (folios 39-44).

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

1. El doctor JOSE VICENTE CARVAJAL, en calidad de director de la oficina de asesoría Jurídica de la Universidad de Pamplona, solicitó negar las pretensiones del accionante Duvan Gamboa Jerez y ordenar el archivo del expediente, toda vez que no existe vulneración de derechos fundamentales, en razón a que se han ceñido a las reglas de la convocatoria, las cuales se están cumpliendo a cabalidad. Consideró que la acción de tutela se torna en IMPROCEDENTE, en virtud a lo dispuesto en los numerales 1 y 5 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Señaló que el accionante se presentó a participar en el proceso y en efecto superó algunas pruebas, pero se determinó el estado no apto en la prueba médica, la cual se justifica con los exámenes entregados por el operador.



Indicó, que, como operador logístico de la convocatoria, dio cumplimiento a los lineamientos otorgados por la entidad que convoca al concurso y por ende dar un trato igualitario a todos los participantes de la convocatoria 800 de 2018.

El accionante presentó la valoración médica y la cual confirmó el diagnóstico de bloqueo de Rama derecha del haz de hiz.

Resaltó que la enfermedad cardiaca de cualquier origen, congénita o adquirida como las arritmias, trastornos de la conducción eléctrica, hipertrofias ventriculares, presencia de ductus, fibrilaciones, taquicardias, infecciones, trastornos de las válvulas del corazón que se evidencien en electrocardiograma, como en el perfil lipídico (triglicéridos y colesterol), limitarían el tipo de entrenamiento y funciones a desarrollar; toda vez que se pueden precipitar los síntomas, generar lesiones orgánicas graves y en algunos casos la muerte por disfunción cardíaca o sufrir traumatismos leves que pondrían en riesgo su integridad física.

Considero que estas condiciones de riesgo, pueden estar asociadas a pérdidas de conciencia o sincopes; que podrían producir caída de alturas al sufrir los episodios sincopales en las garitas donde debe ser desarrollar parte de su función de guarda y custodia y asociarse a muerte súbita. Igualmente indicó que teniendo en cuenta el tipo de entrenamiento durante su periodo de formación podría sufrir complicaciones que pondrían en riesgo la salud del aspirante, con probabilidad de requerir control médico, farmacológico estricto, hasta trasplante cardíaco y reemplazo valvulares.

Añadió que dichas complicaciones, pondrían en riesgo la salud del trabajador y la integridad de la institución. Inhabilidades médicas descritas en la página 260 a 213 del profesiograma de Dragoneantes.

Resaltó que el accionante al momento de realizar la inscripción, aceptó la totalidad de las reglas de la convocatoria, conforme lo establece el numeral 7 del artículo 9 del acuerdo 1000006196 de 2018.

Señaló que una vez revisada la valoración médica del tutelante se encontró que el examen arroja un bloqueo de rama derecha de haz de hiz, por lo tanto de conformidad con las directrices del acuerdo y acorde a los profesiogramas y las inhabilidades para el cargo de dragoneante, no cumple con lo requerido



para ejercer el cargo al cual aspira, por lo cual su resultado en la valoración médica es de NO APTO.

Consideró que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales incoados, toda vez que el accionante ha contado con todas las garantías legales y esa entidad, le ha dado respuesta oportunamente a sus peticiones conforme a los parámetros que regulan la convocatoria.

Resaltó que en la reclamación que interpuso el accionante frente a los resultados de la valoración médica, no solicitó una segunda valoración.

Consideró que no es la tutela el mecanismo para entrar a debatir las actuaciones surtidas hasta el momento dentro del proceso que tiene por objeto proveer empleos pertenecientes al concurso convocatoria 800 del 2018, conforme lo ha considerado la Corte Constitucional, para lo cual trajo a colación algunos apartes de las sentencias T-1277/2005, T-972/2002 y T-602/2006.

Recalcó que la actuación de la Universidad de Pamplona, ha sido concordante con los procedimientos fijados en las convocatorias publicadas, la reglamentación del concurso, que siguiendo los postulados del artículo 125 constitucional busca identificar a las personas idóneas que ingresarán a las entidades públicas con base en el mérito, mediante concurso abierto que permita la participación en igualdad de condiciones de quienes demuestran poseer los requisitos y competencias para ocupar los cargos del sistema específico de carrera administrativa en dichas entidades.

Señaló que la convocatoria es una mera expectativa centrada aun evento al derecho particular concreto que es el de acceder al cargo para el cual concursó, sin que en algún momento se esté vulnerando el derecho al trabajo.

Finalmente indicó, que en un proceso concursal de carrera administrativa, conforme lo establecido por la Constitución Política y demás normas legales que se derivan, realizado por la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC y el operador logístico contratado para tal fin, debe ceñirse a las normas establecidas como columna vertebral de los procesos de selección que, por ser tan estrictas y taxativas, lo que se está dando con estas es precisamente la garantía de los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso, para todos los aspirantes a ingresar a la Carrera Administrativa.



2. El doctor CESAR ANDRES SIERRA MEJIA, en su calidad de representante Judicial de ONMISALUD S.A., solicitó se desestime la presente acción de tutela por carencia de objeto, toda vez que las pretensiones elevadas por el accionante no son frente a esa entidad, por tanto no existe ninguna petición específica por parte del tutelante y no es la IPS Omnisalud la encargada de decidir si son o no aptos para el cargo. Igualmente solicitó se desvincule de la presente acción constitucional, por ser terceros que nada tiene que ver en la relación laboral con las partes.

Para sustentar su pedimento, indicó que el accionante participa en la convocatoria, en razón a que esa entidad le realizó los exámenes médicos. En relación con las pruebas y resultados anteriores, no tienen conocimiento alguno.

Señaló que esa entidad no acreditó como tal el "estado de salud óptimo" del accionante Gamboa Jerez, como se relaciona en el escrito de tutela, toda vez que los exámenes realizados reflejan los resultados de diferentes pruebas médicas requeridas por la organización contratante.

Refirió que en los exámenes (electrocardiograma de 12 derivaciones), practicados al accionante, se identificó "Bloqueo de rama derecha", realizados en dos oportunidades, esto es, en octubre y noviembre de 2019, los cuales tienen la misma interpretación, reveló una alteración, un retardo en la conducción eléctrica del segmento derecho del haz de hiz (BLOQUEO DE RAMA DERECHA DEL HAZ DE HIZ), la cual puede suponer una patología cardíaca, para lo cual se deben realizar exámenes para profundizar y descartar anomalías morfológicas que expliquen este retardo de conducción, que en algún porcentaje, acompañan patologías del corazón. Igualmente indicó que se identificó en los exámenes médicos, una escoliosis dextroconvexa grado 2, una curvatura anormal de la columna, condición que el señor Gamboa Jerez, no mencionó en la demanda de tutela.

Resaltó que los hallazgos encontrados, fueron anexados en la historia clínica siguiendo los lineamientos del profesiograma – Inhabilidad de salud y seguridad dragoneante 3.0 2017, (páginas 272 a 274 y 110 a 112).

Finalmente trajo a colación apartes de las sentencias T-200/13 y T-358/14, en lo atinente a la carencia actual de objeto.



3. El Coordinador Grupo de tutelas del INPEC, doctor JOSE ANTONIO TORRES CERON, mediante oficio de fecha 16 de marzo de 2020, solicitó declarar improcedente la acción de tutela respecto de las pretensiones del accionante, por no existir fundamento lógico jurídico, violación o amenaza de derechos fundamentales por acción u omisión. Igualmente petitionó declarar la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Para sustentar su pedimento, indicó que fue contemplada por el equipo técnico del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC y de la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC, la normatividad constitucional, legal y jurisprudencial, para determinar los criterios a seguir en la convocatoria 800 de 2018, sin la pretensión de favorecer intereses particulares, sino por el contrario lograr la equidad en la aplicación de la reglamentación existente.

Señaló que la Dirección General del INPEC, no ha vulnerado, ni de afectado, ni amenaza restringir los derechos fundamentales mencionados por el accionante, en el escrito de tutela.

Que verificada la pretensión del accionante en la acción tutelar pudo establecerse que no corresponde al INPEC acceder a lo solicitado.

Finalmente solicitó al Despacho, que su pronunciamiento sea dirigido a la falta de legitimidad en la causa por pasiva, por cuanto las pretensiones o son exclusivas de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

4. El doctor CARLOS FERNANDO LOPEZ PASTRANA, en condición de asesor jurídico y obrando en representación de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, mediante oficio de fecha 17 de marzo de 2020, solicitó declarar la improcedencia de la acción constitucional, toda vez que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales del accionante.

En relación con la procedencia de la acción de tutela, indicó que la acción de tutela es improcedente en virtud del principio de subsidiariedad previsto en el artículo 86 inciso tercero de la constitución política. Aunado a ello dicha acción, carece de los requisitos constitucionales y legales necesarios para que sea procedente, pues la inconformidad del accionante radica frente a la aplicación de pruebas médicas contenida en los acuerdos reglamentarios del concurso, no es excepcional, precisó que la censura recae sobre las normas contenidas en el citado acuerdo, frente a lo cual cuenta con un mecanismo de



defensa idóneo para controvertir el acto administrativo, reiteró que la tutela no es la vía idónea para cuestionar la legalidad de los actos administrativos.

Resaltó que el accionante tiene a su disposición los medios de control de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en la ley 1437 del 2011, para controvertir su calificación en la etapa de pruebas médicas, que es lo que motiva la acción de tutela.

Respecto al perjuicio irremediable señaló que en el presente caso, el accionante no demostró la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del derecho que reclama.

Señaló que revisado el aplicativo SIMO se estableció que el accionante se inscribió al proceso de selección para el empleo identificado el código OPEC No 74586 (Dragoneante-curso de complementación)- convocatoria No 800 del 2018 INPEC-Dragoneantes.

Trajo a colación los artículos 43 y 45 del acuerdo No 20181000006196 del 12 de octubre del 2018, referente a la valoración médica y establecimiento de inhabilidades médicas e importancia y efectos del resultado de la valoración médica.

Consideró que las inhabilidades fueron determinadas en atención a las directrices contenidas en el profesiograma y a los perfiles profesiográficos de cada cargo, determinaciones que derivan del estudio técnico de los requerimientos mínimos que deben cumplir quienes aspiren al cargo de dragoneante.

Precisó que el día 18 de noviembre del 2019, se publicaron los resultados de la prueba médica, donde el accionante quedó como NO APTO.

Señaló que la Universidad de Pamplona, como operador logístico para llevar a cabo cada una de las etapas de la convocatoria 800 y 801 del INPEC, contrató con la IPS MEDCARE S.A.S., para que realizara la valoración médica de los aspirantes, los cuales fueron citados y por consiguiente el accionante valorado por la IPS, la cual dio un concepto de NO APTO.

En relación con las peticiones que realizó el accionante en su derecho de petición instaurado por medio del aplicativo SIMO, fueron resueltas de fondo en la respuesta emitida por la Universidad de Pamplona como operador logístico del concurso.



Resaltó que teniendo en cuenta que el día 18 de noviembre de 2019, publicó el resultado de la valoración médica, a través de la página Web de la CNSC, los aspirantes tenían derecho a interponer reclamación del 19 al 20 de noviembre de 2020, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 49 del acuerdo 20181000006196 del 2018.

El accionante interpuso reclamación Mediante el No 262457562 y le fue dada respuesta el día 10 de diciembre de 2019.

Señaló que la Universidad de Pamplona como operador logístico, da cumplimiento a los lineamientos otorgados por la entidad que convoca al concurso, en aras de dar un trato igualitario a todos los participantes de la convocatoria.

Resaltó que el accionante en la valoración médica presentada el 31 de octubre, presentó valoración médica y la cual confirmó el diagnóstico de bloqueo de la rama derecha de haz de hiz.

Precisó que la enfermedad cardíaca de cualquier origen, congénita o adquirida como las arritmias, trastornos de la conducción eléctrica, hipertrofias ventriculares, presencia de ductus, fibrilaciones, taquicardias, infecciones, trastornos de las válvulas del corazón que se evidencien en electrocardiograma, como en el perfil lipídico (triglicéridos y colesterol), limitarían el tipo de entrenamiento y funciones a desarrollar; toda vez que se pueden precipitar los síntomas, generar lesiones orgánicas graves y en algunos casos la muerte por disfunción cardíaca o sufrir traumatismos leves que pondrían en riesgo su integridad física.

Considero que estas condiciones de riesgo, pueden estar asociadas a pérdidas de conciencia o sincopes; que podrían producir caída de alturas al sufrir los episodios sincopales en las garitas donde debe ser desarrollar parte de su función de guarda y custodia y asociarse a muerte súbita. Igualmente indicó que teniendo en cuenta el tipo de entrenamiento durante su periodo de formación podría sufrir complicaciones que pondrían en riesgo la salud del aspirante, con probabilidad de requerir control médico, farmacológico estricto, hasta trasplante cardíaco y reemplazo valvulares.

Añadió que dichas complicaciones, pondrían en riesgo la salud del trabajador y la integridad de la institución. Inhabilidades médicas descritas en la página 260 a 213 del profesiograma de Dragoneantes.



Precisó que no es viable tener en cuenta los exámenes médicos realizados por fuera del proceso de selección, toda vez que el acuerdo de convocatoria estableció: *"El único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la actitud médica y psico- física 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 Comisión Nacional de Servicio Civil contraté para el desarrollo del proceso de selección."*

Finalmente resaltó que el accionante, al igual que todos los aspirantes al momento de realizar la inscripción aceptó la totalidad de las reglas de la convocatoria tal y como lo establece el numeral 7° del artículo noveno del acuerdo 1000006196 del 2018.

PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Sea lo primero indicar, que este Despacho es competente para conocer de la acción de tutela presentada por DUVAN GAMBOA JEREZ en virtud a lo dispuesto en el artículo 86 de la Carta Fundamental y artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, como mecanismo de protección constitucional podía presentarse ante cualquier Juez de la República donde se esté vulnerando, conculcando o amenazando un derecho fundamental. De otra parte, por factor territorial y de conformidad con el Decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, que fijó las reglas de reparto de acciones de tutela, dispuso en el artículo 2 "Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden nacional serán repartidas, para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces del Circuito o con igual categoría".

El accionante, DUVAN GAMBOA JEREZ, se encuentra legitimado para incoar la acción de tutela, toda vez que la misma se predica de los titulares de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Y en el presente caso el accionante es el titular de los derechos constitucionales fundamentales a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública y



confianza legítima, presuntamente vulnerados por las entidades accionadas, al ser excluido del proceso de selección del concurso de méritos por una alteración del electrocardiograma inexistente y por ende no permitírsele adelantar el curso en la Escuela Nacional Penitenciaria, para el cargo de dragoneante.

De acuerdo con la situación fáctica planteada, corresponde a este Estrado Judicial establecer 1) la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos que reglamentan un concurso de méritos; 2) determinar si la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC y la Universidad de Pamplona vulneran o no los derechos fundamentales deprecados por el accionante, al excluirlo del concurso abierto de méritos para proveer los cargos de dragoneante del INPEC, con fundamento a los resultados de la valoración médica el aspirante, que lo clasifica como no apto para el cargo y que la tardanza del trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción contencioso administrativa, le causa un perjuicio irremediable.

En relación con la procedencia de la tutela, el artículo 86 de la Carta Política de 1991, del Decreto 2691 de 1991, y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional, se desprende que la acción de tutela constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos previamente establecidos en la ley.

La acción de tutela, es un mecanismo subsidiario y residual, tendiente a la protección de derechos fundamentales, cuando éstos resulten amenazados o conculcados, como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional, de tal suerte que, su procedibilidad depende de la inexistencia de otros medios idóneos de defensa judicial, salvo que, aun existiendo tales mecanismos, el no amparo inmediato generaría un perjuicio irremediable al titular del derecho, hasta tanto la jurisdicción ordinaria se pronuncie definitivamente al respecto¹.

¹ Ver también las sentencias Corte Constitucional, SU-1052 de 2000, T-815 de 2000, T-418 de 2000, T-156 de 2000, T-716 de 1990, SU-086 de 1999, T-057 de 1999, T-554 de 1998, T-414 de 1998, T-235 de 1998, T-331 de 1997, T-237 de 1997, T-026 de 1997 y T-287 de 1.995



Es así, como la Jurisprudencia constitucional, en tratándose de derechos fundamentales asociados a concurso de méritos, ha considerado la procedencia excepcional de la acción de tutela, al considerar: *“La Carta Fundamental de 1991 consagró los derechos fundamentales como uno de los pilares del Estado social de derecho², por lo que para su defensa y eficacia se creó la acción de tutela como mecanismo de protección de aplicación inmediata.*

El aludido mecanismo de protección fue reglamentado mediante el Decreto Ley 2591 de 1991, en el que se señalaron los requisitos sobre su procedencia, los cuales han sido precisados por la H. Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia.

En dicho decreto se estableció, como causal de improcedencia de la tutela, la existencia de otros medios de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, circunstancia que deberá ser valorada por el juez según la situación fáctica que se presente dentro del caso que se esté analizando.

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 fundamentales³. 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

² Corte Constitucional, Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

³ Ibidem.



administrativo no son adecuados para resolver las implicaciones constitucionales”⁴

En efecto, este Tribunal ha reconocido que se configura una excepción a la improcedencia de la tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando los mecanismos ordinarios existentes no son idóneos ni eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁵. Si bien el accionante tiene la vía gubernativa y el contencioso administrativo como remedios judiciales, estos no son los conducentes para proteger de manera efectiva los derechos del peticionario, pues, como ha sido establecido de manera reitera por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, “la vía contencioso administrativa no es el mecanismo idóneo para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en concursos de méritos”⁶⁷.

Por lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta que en el presente caso, la acción de tutela versa sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública y confianza legítima, del accionante Duvan Gamboa Jerez, como consecuencia de la aplicación concreta del concurso y posterior exclusión del actor al presentar una alteración en el examen de electrocardiograma (bloqueo de rama derecha), conforme los resultados de la valoración médica, la cual se constituye en una inhabilidad médica para continuar en el concurso, clasificándolo como no apto; razones por las cuales, considera el Despacho que el caso sub examen se encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad.

En relación a la naturaleza de la carrera administrativa, y la prevalencia de proveer los cargos públicos a través de concurso de méritos, ha reiterado: “La Carta Política establece, en el numeral 7 del artículo 40, que todos los ciudadanos tienen el derecho a participar del poder político por medio del acceso a funciones y cargos públicos, de igual forma, el artículo 125 superior,

⁴ Cfr. Corte Constitucional T-547 de 2017.

⁵ Ver. Corte Constitucional, Sentencias T-045 de 2011, T-785 de 2013 y T-572 de 2015.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-045 de 2011 y T-572 de 2015.

⁷ T-438 de 2018



expone que los empleos del Estado son de carrera, y que la regla general para proveerlos es a través de un concurso público de méritos”

En la SU-133 de 1998⁸, esta corporación se refirió a la carrera administrativa así: *“La Constitución de 1991, con las salvedades que ella misma indica, ha hecho del sistema de carrera el general y obligatorio para la provisión de cargos al servicio del Estado, en todas sus ramas y órganos, para el ascenso dentro de la jerarquía de cada uno de ellos, para la permanencia de los empleados y para el retiro del servicio público (art. 125 C.P.)”*

La Corte Constitucional determinó que la carrera administrativa tiene tres objetivos básicos, a saber, (i) el óptimo funcionamiento en el servicio público, desarrollado en condiciones de igualdad, eficiencia, eficacia, imparcialidad y moralidad; (ii) garantizar el ejercicio del derecho al acceso y al desempeño de funciones y cargos públicos; y (iii) proteger y respetar los derechos subjetivos de los trabajadores al servicio de Estado, originados en el principio de estabilidad en el empleo.⁹

Igualmente, ha sostenido la alta Corporación que, es importante para el Estado poder *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”*.¹⁰

En sentencia SU-446 de 2011¹¹, respecto del supremo valor insito en la importancia de la carrera administrativa, dijo lo siguiente: *“La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se puso de relieve por esta Corporación en la sentencia C-588 de 2009, al declarar la inexecutable del Acto Legislativo No 01 de 2008, que suspendía por el término de tres años la vigencia del artículo 125 constitucional. En el mencionado pronunciamiento se indicó que el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la*

⁸ M.P. José Gregorio Hernández.

⁹ Sentencia C-1079 del 5 de diciembre de 2002 MP. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional sentencia SU-086 de 1999. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹¹ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, cuyo incumplimiento o inobservancia implica el desconocimiento de los fines estatales; del derecho a la igualdad y la prevalencia de derechos fundamentales de los ciudadanos, tales como el acceso a cargos públicos y el debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, en dicho pronunciamiento se concluyó que 'la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución'¹², en donde la inscripción automática, sin el agotamiento de las etapas del proceso de selección, resultaba abiertamente contraria a los principios y derechos en los que se erige la Constitución de 1991.

Por tanto, si lo que inspira el sistema de carrera son el mérito y la calidad, son de suma importancia las diversas etapas que debe agotar el concurso público."

El proceso de selección a través de concurso de méritos, debe estar precedida del derecho fundamental al debido proceso, esto es, y conforme lo dispone el artículo 29 de la Carta Fundamental, respetar cada una de las etapas establecidas por las ley y reglamentos, que permitan establecer de ante mano las reglas de juego, y salvaguarden los principios de contradicción e imparcialidad durante todo el proceso.

Al respecto el Máximo Tribunal Constitucional ha reiterado, en copiosa jurisprudencia, que: *"el derecho al debido proceso administrativo se traduce en la garantía que comprende a todas las personas de acceder a un proceso justo y adecuado, de tal manera que el compromiso o privación de ciertos bienes jurídicos por parte del Estado a sus ciudadanos no pueda hacerse con ocasión de la suspensión en el ejercicio de los derechos fundamentales de los mismos. Es entonces, la garantía consustancial e infranqueable que debe acompañar a todos aquellos actos que pretendan imponer legítimamente a los sujetos cargas, castigos o sanciones."*¹³¹⁴

¹² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo, considerando 6.1.1.3, página 73.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-1263 del 29 de noviembre de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-214 del 8 de marzo de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.



Ahora bien, adentrándonos en el caso objeto de estudio, debemos señalar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 Superior, corresponde a la Comisión Nacional del Servicio Civil, administrar y vigilar las carreras de los servidores públicos exceptuando aquellas que tengan carácter especial. Por su parte, la ley 909 de 2004 establece las normas básicas sobre integración organización y funciones de la Comisión Nacional del servicio civil régimen de sus integrantes normas sobre carrera administrativa, empleo público, gerencia pública, consagrada en su Artículo 31, las etapas del proceso de selección que se concretan en la convocatoria, el reclutamiento, pruebas, listas de elegibles y el período de prueba. La ley 407 de 1994 que rige el régimen de personal del Instituto Nacional Penitenciario, estableció que los cursos para el personal del INPEC son de formación, orientación, complementación, actualización y especialización, actividades que son desarrolladas por la Escuela Nacional Penitenciaria, que es la encargada de realizar los distintos curso, como lo dispone el artículo 93 de la precitada ley, encontrando: *"cursos de formación los que preparan a los aspirantes a ingresar a cargos en el ramo penitenciario y carcelario para el correcto desempeño de los mismos, los cuales se adelantarán en la Escuela Penitenciaria Nacional en su sede central o en las regionales y serán de obligatorio cumplimiento para los empleados que ejerzan funciones de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional.*

Son cursos de orientación penitenciaria los que preparan a los aspirantes profesionales con título de formación universitaria para ingresar como oficiales logísticos y oficiales de tratamiento. Dichos cursos se adelantarán en la Escuela Penitenciaria Nacional.

Los cursos de complementación tienen como finalidad perfeccionar a los bachilleres auxiliares para ingresar como dragoneantes a la Carrera Penitenciaria y Carcelaria.

Son cursos de capacitación los que tienen como finalidad perfeccionar los conocimientos de los funcionarios que aspiran a ascender dentro de la misma, para el ejercicio correcto de su nuevo desempeño.



Son cursos de actualización los que se dispongan periódicamente para enterar a los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, de las reformas y avances de la legislación, la técnica y la ciencia penitenciarias.

Son cursos de especialización los que se organizan para preparar a los miembros del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, INPEC, en ramas determinadas del servicio penitenciario.

Ahora bien, en desarrollo de dichas normas, la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de la convocatoria 800 de 2018 profirió del acuerdo número CNSC 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, por medio del cual se convocó a concurso de mérito –curso abierto de méritos para proveer definitivamente el empleo denominado Dragoneante, código 4114, grado 11, perteneciente al Régimen Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario- INPEC, INPEC, entre ellas para el cargo al cual aspira el accionante, dragoneante, la cual sería ejecutada por la Universidad de Pamplona, como operador logístico para el concurso de méritos. Dicho acuerdo fue puesto en conocimiento de todos los aspirantes, a través de la página www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO y en la web de la entidad objeto del proceso de selección, medio oficial de divulgación del concurso y de comunicación con los aspirantes, en virtud de lo dispuesto en los artículos 13¹⁵ y 14¹⁶ del acuerdo antes mencionado

¹⁵ **DIVULGACIÓN.** El "Proceso de Selección No. 800 de 2018- INPEC Dragoneantes" se divulgará en la página www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO y en la web de la entidad objeto del Proceso de Selección, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 909 de 2004; así como en los demás medios y a partir de la fecha que establezca la CNSC, y permanecerá publicado durante el desarrollo del mismo.

¹⁶ **MODIFICACIÓN DEL PROCESO DE SELECCIÓN.** Antes de dar inicio a la etapa de inscripciones, el proceso de selección podrá ser modificado o complementado, de oficio o a solicitud del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-, debidamente justificado, aspecto que será supervisado por la CNSC y oportunamente divulgado a través de la web www.cnsc.gov.co y/o enlace SIMO.

Iniciada la etapa de inscripciones, el Proceso de Selección sólo podrá modificarse en cuanto al sitio, hora y fecha de recepción de inscripciones y aplicación de las pruebas por la CNSC. Las fechas y horas no podrán anticiparse a las previstas inicialmente.

Las modificaciones, respecto de la fecha de las inscripciones, se divulgarán por los mismos medios utilizados para la divulgación del Proceso de Selección, por lo menos con dos (2) días hábiles de anticipación a la fecha de iniciación del periodo adicional.

Las modificaciones relacionadas con fechas o lugares de aplicación de las pruebas, serán publicadas en la página www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO, por lo menos con dos (2) días hábiles de anticipación a la fecha inicialmente prevista para su aplicación.

PARÁGRAFO 1: Sin perjuicio de lo anterior los errores formales se podrán corregir en cualquier tiempo de oficio o a petición de parte de conformidad con lo previsto por el artículo 45 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.



A través de dicho acuerdo se estableció, que, el objeto del mismo, es procurar proceso de selección de personal al Instituto Nacional penitenciario, y por tanto se busca "adelantar Concurso - curso abierto de méritos para proveer de manera definitiva doscientas cuarenta vacantes pertenecientes al sistema específico de carrera administrativa de la Planta de Personal del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, del empleo denominado Dragoneante 4114, grado 11"; fijando como responsable del Concurso - Curso a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la cual podrá celebrar contratos o convenios interadministrativos para adelantar las diferentes fases del proceso de selección, con base en esta disposición¹⁷, la Comisión contrató con la Universidad de Pamplona.

De otra parte, dio cuenta de las etapas del concurso, convocatoria y divulgación, requisitos generales de participación, causales de exclusión, pruebas, valoración médica, reclamaciones, curso de formación y complementación, conformación de lista de elegibles, periodo de prueba, procedimientos allí establecidos, los cuales obligan tanto a la Comisión como a los aspirantes y los cuales servirán para resolver el problema jurídico planteado.

En efecto el artículo 4 del acuerdo número CNSC 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, estableció la estructura del concurso- curso abierto de méritos para la selección de los aspirantes de la siguiente manera:

1. Convocatoria y divulgación
2. Adquisición de Derechos de participación e Inscripciones
3. Verificación de Requisitos Mínimos
4. Aplicación de pruebas
 - 4.1. Prueba de Personalidad
 - 4.2. Prueba de Estrategias de Afrontamiento
 - 4.3. Prueba Físico-Atlética
5. Valoración Médica
6. Curso (Art. 93 del Decreto Ley 407 de 1994)

PARÁGRAFO 2: En el evento en que se generen nuevas vacantes, por cualquier motivo y a solicitud del INPEC, se podrá incrementar el número de vacantes ofertadas en el presente proceso de selección, sin que ello afecte las demás condiciones con las que fue ofertado el concurso - curso de méritos.

¹⁷ Artículo 2 Acuerdo 20181000006196



- 6.1. Curso de Formación teórico y práctico para mujeres
- 6.2. Curso de Formación teórico y práctico para varones
- 6.3. Curso de Complementación teórico y práctico
7. Conformación de Lista de Elegibles
8. Período de Prueba.

En el presente caso, el accionante Duvan Gamboa Jerez, se presentó al empleo de dragoneante, el cual constan de 240 vacantes para integrar la planta de personal del INPEC.¹⁸

Se estableció en la convocatoria, específicamente en el artículo 10, las causales de exclusión, entre ellas, la descrita en el numeral 9. *"obtener concepto de no apto en la valoración médica"*. Así mismo se indicó en el artículo 43 del acuerdo que la valoración médica: *"no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al curso de Formación o Complementación"*. Y en relación con las inhabilidades ocupacionales como consecuencia de los resultados de la valoración médica, se encuentran reguladas en la Resolución No 002141 del 9 de julio de 2018, *"por medio del cual se actualiza el profesiograma, perfil profesiográficos y documento de inhabilidades medicas versión 4 para el empleo de dragoneante"*. Disponiendo en el artículo 45, inciso final que: *"El aspirante que obtenga calificación definitiva de NO APTO en la Valoración Médica, será excluido del proceso de selección en esa instancia."*

Ahora bien, el profesiograma versión 4.0, es el documento en el cual se establecieron las *"pautas de aptitud psicofísica requeridas en el aspirante a ingresar al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC basado en la clasificación de enfermedades y descripciones fisiopatológicas que están contenidas en el mismo, cumpliendo con un criterio de aptitudes morales, físicas, éticas, médicas, y psicológicas"*. Y cuyo objetivo consiste en *"Afianzar la adecuada selección de personal del Instituto a través de un proceso serio y justificado que permita lograr una ubicación pertinente del personal seleccionado dentro de las funciones propias del cargo, con el menor riesgo potencial, teniendo en cuenta sus capacidades físicas y competencias cognitivas facilitando el desarrollo de actividades y tomando en cuenta los"*

¹⁸ artículo 11, ibídem



limitantes para el cumplimiento de las tareas propias del cargo. Así mismo, “Determinar las características físicas y psicológicas necesarias para el adecuado desarrollo de las actividades correspondientes a los diferentes cargos dentro del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del Instituto: Dragoneante, Inspector, Inspector Jefe, Oficial Logístico y Comandante Superior. (...)”. Documento adoptado por el INPEC, mediante Resolución No 002141 del 9 de julio de 2018.

Así las cosas, el profesiograma es la herramienta para reconocer la aptitud de los aspirantes al cargo que se encuentra en concurso, desde la perspectiva de la salud ocupacional. Lo anterior, en aras de prevenir el origen de enfermedades y lesiones con ocasión de las labores y condiciones de trabajo. *La importancia de cumplir con las exigencias referidas radica en el hecho de que el cargo de dragoneante es considerado como una actividad de alto riesgo¹⁹, lo que demanda una rigurosa capacidad psicofísica en los candidatos.*

En correlación con lo indicado anteriormente, en el artículo 45 del acuerdo número CNSC 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, se precisó que el único resultado médico aceptado en el proceso de selección respecto de la actitud médica y psicofísica, sería el emitido por la entidad especializada contratada para tal fin, a saber:

“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 profesiograma psicofísico para una función específica y

¹⁹ Decreto Ley 2090 de 2003, “ARTÍCULO 2o. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO PARA LA SALUD DEL TRABAJADOR. Se consideran actividades de alto riesgo para la salud de los trabajadores las siguientes: (...)

7. En el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, Inpec, la actividad del personal dedicado a la custodia y vigilancia de los internos en los centros de reclusión carcelaria, durante el tiempo en el que ejecuten dicha labor. Así mismo, el personal que labore en las actividades antes señaladas en otros establecimientos carcelarios, con excepción de aquellos administrados por la fuerza pública”. Al respecto pueden consultarse las Sentencias T-785 de 2013, C-853 de 2013 y T-441 de 2017,



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 profesiograma 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 Profesiograma del Empleo de Dragoneante establecido por el INPEC, será considerado APTO.

*Será calificado **NO APTO** el aspirante que presente alguna alteración médica, según el Profesiograma 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.***

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."*

Y finalmente, el artículo 49 del mencionado acuerdo, regulo lo concerniente a las reclamaciones sobre los resultados de las valoraciones médicas,



consagrando que: *“Las reclamaciones de los aspirantes respecto de los resultados de Valoración Médica SOLO serán recibidas a través de la página de la CNSC. www.cnsc.gov.co, enlace: SIMO, dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de los resultados. La reclamación será decidida y comunicada a través de la página www.cnsc.gov.co enlace: SIMO, “Proceso de Selección No. 800 de 2018 - INPEC Dragoneantes”. Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la Valoración Médica, no procede ningún recurso”.*

Ahora bien, en relación con la proporcionalidad y racionalidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para ocupar el cargo de dragoneantes del INPEC, en función de la naturaleza de sus funciones, el Máximo Tribunal Constitucional ha sostenido: *“que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa o cierto tipo de formación especializada para desempeñar específicas tareas²⁰; por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han sido previstos por la institución, no vulnera, en principio, derechos fundamentales. Lo anterior, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de tales requisitos, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables.*

*En concordancia con lo anterior, este Tribunal se ha pronunciado sobre los requerimientos físicos para acceder a cargos de carrera²¹ 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.*

(...).

²⁰ Cfr. Sentencia T-463 de 1996. Reiterado en las Sentencias T-572 de 2015 y T-586 de 2017.

²¹ 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.



En la Sentencia T-586 de 2017, se resolvieron los casos de cuatro accionantes, tres mujeres y un hombre, quienes fueron excluidos del proceso de selección de la misma convocatoria del caso sub examine, esto es, la Convocatoria 335 de 2016. La razón de su exclusión tuvo que ver con el incumplimiento de condiciones físicas requeridas dentro del proceso. En dicho proveído, la Sala Octava de Revisión de esta Corte determinó que no existió vulneración de los derechos de las y el accionante, puesto que quedó demostrado que: "(i) los candidatos fueron previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía (Resolución 005657 de 2015 y Acuerdo 563 de 2016); (ii) el proceso de selección se adelantó en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión de exclusión de cada uno de los demandantes se tomó con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables, como se vio en detalle para cada uno de los casos". Así mismo, para la Sala:

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

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 cargo²².

En el presente caso, el accionante solicitó amparo transitorio de sus derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones dignas y justas, igualdad de oportunidades para acceder a la administración pública y confianza legítima presuntamente vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC, al impedir continuar dentro del proceso de selección de la convocatoria 800 de 2018, para proveer el cargo de dragoneante del INPEC, sustentando dicha decisión en la respuesta a la reclamación de la valoración médica, a través de la cual, le ratificó el estado de NO APTO, teniendo en cuenta los resultados médicos realizados por la IPS contratada por el operador logístico de la convocatoria, quienes determinaron que el aspirante presenta una restricción o inhabilidad para ejercer el cargo, toda vez que presenta una alteración en el examen del electrocardiograma (bloqueo de rama derecha).

Para el accionante, y así lo consignó en la demanda de tutela, esta supuesta alteración después de su solicitud de segunda valoración, lo discrimina del derecho a acceder a un cargo público, toda vez que la alteración del electrocardiograma es inexistente, sin que se le haya resuelto de fondo su reclamación, ni otorgar la posibilidad de impugnar o interponer recursos de ley en contra de la decisión que lo excluyó del proceso de selección de la convocatoria 800 de 2018.

Ahora bien, como se mencionó en precedencia, la reiterada jurisprudencia constitucional, ha señalado que exigir requisitos médicos y físicos para el cargo de dragoneante del INPEC, no resulta inconstitucional, siempre y cuando estos requisitos sean razonables, proporcionales y necesarios. Así mismo ha indicado la Corte, que la aplicación de dichos requisitos no vulnera los derechos de los aspirantes, siempre y cuando los participantes hayan sido previa y debidamente advertidos de los mismos; que el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones y que la decisión se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de dichas reglas o requisitos.

²² Ibid.



En el presente caso, la calificación como No apto para continuar en la convocatoria 800 de 2018, se produjo debido a que en dos valoraciones médicas realizadas por la IPS OMNISALUD, institución prestadora de salud, único autorizado para la realización de tales exámenes, que realizó los exámenes médicos requeridos por el accionante para participar en la mencionada convocatoria, estableciéndose que presenta una alteración bloqueo de rama derecha y de conformidad con lo establecido en inciso quinto del artículo 45 del acuerdo número CNSC 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, que señala que "**será calificado NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, según el Profesiograma del Empleo de Dragoneante establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección.** Dicho requisito resulta razonable y no implica una medida discriminatoria como indicó el accionante en la demanda de tutela.

En efecto, al accionante DUVAN GAMBOA JEREZ, el día 25 de octubre de 2019, le fue practicado electrocardiograma en la IPS ONMINASALUD, por parte del doctor Julián Gelves Meza, en donde se observa en el acápite de interpretación: "**Ritmo sinusal. Eje normal. Patrón de Bloqueo de rama derecha. Sin isquemia ni necrosis.**"²³ Y así fue consignado en el diagnóstico de salud ocupación de fecha 5 de noviembre de 2019, en el cual en el acápite de análisis y observaciones de la evaluación médica.²⁴ Por tal razón, fue calificado no apto de conformidad con los resultados de la valoración médica, los cuales fueron publicados el día 18 de noviembre de 2019. Ante lo cual, el aspirante Gamboa Jerez, interpuso la reclamación respectiva, mediante No 262378641, conforme a la dispuesto en la convocatoria 800 de 2018, y así lo indicó la comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, en la respuesta a la demanda de tutela: "*El accionante interpuso reclamación mediante el No 262378641 y se dio respuesta a su reclamación el día 10 de diciembre de 2019.*

No de reclamación: 262378641

Asunto: Solicitud de segunda valoración médica

²³ folio 14, Cuaderno de tutela

²⁴ folio 24 ibidem



Resumen: *La inhabilidad médica que fundamenta la restricción laboral no corresponde a mis condiciones físicas, no es coherente con el contenido del profesiograma y por lo tanto no se puede fundamentar de manera técnica y científica que existan razones para excluirme de esta convocatoria. No es justa la discriminación por razones físicas, cuando ya demostrado mi mérito por razones Psíquicas, Morales e intelectuales. En ejercicio de mis derechos fundamentales ampliamente amparados por la Corte Constitucional de manera específica para concursos de esta naturaleza. (Sentencia T-551/1), solicitó realizar una segunda valoración médica cuyos costos asumo: test de escoliosis. (...)*²⁵.

Con base en dicha reclamación, le fue practicada una **segunda valoración médica** el día 26 de noviembre de 2019, cuyos resultados fueron consignados en el acápite de interpretación: **“Ritmo sinusal. Bloqueo rama derecha.**²⁶ Y así fue consignado en la evolución medica ocupacional: **“Examen pre ocupacional a paciente de 23 años de edad, con electrocardiograma de octubre de 2019 alterado y repite electrocardiograma en noviembre 26 de 2019: Bloqueo de rama derecha”. Diagnóstico: Examen de salud ocupacional (Z100) 2019-12-02. Tipo diagnóstico: Impresión diagnóstica clasificación diagnóstico principal otros tipos de bloqueo de Rama derecha del Haz y los no especificados, (...)**²⁷. Situación que corroboró la IPS OMNISALUD, en la respuesta a la acción constitucional, donde dio cuenta: **“(…), estos exámenes (electrocardiogramas de 12 derivaciones), se identificó “bloqueo de rama derecha” (...). El examen de electrocardiograma, que realizamos en dos oportunidades. Octubre y noviembre tienen la misma interpretación, reveló una alteración, un retardo en la conducción eléctrica del segmento derecho del haz de hiz (BLOQUEO DE RAMA DERECHA DEL HAZ DE HIZ), (...).**²⁸

Por su parte, en el concepto de aptitud ocupacional, en el acápite de concepto: **“Con restricciones para el cargo”**²⁹

²⁵ folio 112, cuaderno de tutela

²⁶ folio 26, ibidem

²⁷ folio 25, ibidem

²⁸ Folio 91, ibidem

²⁹ folio 27, ibidem



Así las cosas, y una vez realizada la nueva valoración médica por medio de la IPS correspondiente, la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, dio respuesta a la reclamación presentada por el accionante, el día 10 de diciembre de 2019, así: ***“Una vez realizada la nueva valoración por medio de la IPS correspondiente, el dictamen médico determinó que el aspirante presenta una restricción o inhabilidad para ejercer el cargo al cual aspira, toda vez que el aspirante presenta una alteración en el examen del Electrocardiograma (BLOQUEO DE RAMA DERECHA). Asimismo, la enfermedad Cardíaca de cualquier origen, congénita o adquirida como las arritmias, trastornos de la conducción eléctrica, hipertrofias ventriculares presencia de ductus, fibrilaciones, taquicardias, infecciones, trastornos de las válvulas del corazón que se evidencien en el electrocardiograma, como en el perfil lipídico (triglicéridos y colesterol), limitarían el tipo de entrenamiento y funciones a desarrollar; toda vez que se pueden precipitar los síntomas, generar lesiones orgánicas graves y en algunos casos la muerte por disfunción cardíaca o sufrir traumatismos leves que pondrían en riesgo su integridad física. Condiciones de riesgo, porque pueden asociarse a pérdidas de conciencia o sincopes; que pueden producir caída de alturas al sufrir los episodios sincopales en las garitas donde debe desarrollar parte de su función de guardia y custodia y asociarse a muerte súbita. Teniendo en cuenta el tipo de entrenamiento durante su periodo de formación pueden sufrir complicaciones que pondrían en riesgo la salud del aspirante, con probabilidad de requerir control médico, farmacológico estricto, hasta trasplante cardíaco y reemplazos valvulares. Complicaciones que pondrían en riesgo la salud del trabajador y la integridad de la institución. (...). En consecuencia, SE RATIFICA el estado de NO APTO del aspirante DUBAN GAMBOA JEREZ identificado con Cédula de Ciudadanía No. 1096484566, dentro de los resultados de la Valoración Médica de la Convocatoria 800 de 2018 – INPEC Dragoneantes. Frente a esta decisión que resuelve la reclamación contra los resultados de la Valoración Médica de la Convocatoria 800 de 2018 – INPEC Dragoneantes, no procede ningún recurso quedando en firme la misma.***³⁰

³⁰ folios 117 a 120, cuaderno de tutela



Ahora bien y como lo advierte los accionados, las inhabilidades para ejercer el cargo de inspector en el Instituto Nacional Penitenciario está reglado a través de la directiva del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC SUBDIRECCIÓN DE TALENTO HUMANO GRUPO DE SALUD OCUPACIONAL BOGOTÁ D.C. 2017 y ACTUALIZACIÓN DE PROFESIOGRAMA CARGO DRAGONEANTE³¹ los cuales por expreso mandato en el profesiograma debe ser tenido para "orientar a los profesionales de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el proceso de selección de los nuevos aspirantes", se encuentran las inhabilidades médicas ocasionadas por patologías en el sistema cardiovascular, las cuales generan condiciones de riesgo tanto en la salud del trabajador como en la integridad de la institución. Inhabilidad que fue dictaminada en dos oportunidades por los galenos de medicina especializada- medicina del trabajo, los cuales presentan una misma interpretación "*Bloqueo de rama derecha*".

Lo anterior para significar, que al accionante le fue practicada una Segunda valoración médica, conforme a la reclamación presentada dentro del término establecido en la convocatoria 800 de 2018, como lo dispone el parágrafo del artículo 49 de la Convocatoria, que establece: "*A solicitud de los aspirantes en el proceso de reclamación, podrán realizar una segunda valoración médica con la IPS contratada, cuyos costos deberán ser suidos por el aspirante*", preestableciendo en el artículo 45, que "***El único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la Universidad, institución Universitaria e institución educativa superior que CNSN contrate para el desarrollo del proceso de selección***", y que para el caso de la convocatoria correspondió a OMNISALUD S.A.S., entidad que realizó la segunda valoración el día 26 de noviembre de 2020 señalando "***Ritmo sinusal. Bloqueo rama derecha***", es decir, mantuvo la misma interpretación de la valoración médica realizada el 25 de octubre de 2019.

En consecuencia de lo anterior, se tiene que en el presente caso, se aplicaron los parámetros establecidos en la convocatoria 800 de 2018, a través del

³¹ CD, que contiene respuestas de la acción da tutela, documentos anexos a la respuesta dada por la Universidad de Pamplona



acuerdo número CNSC 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, reglas del concurso que al accionante conocía con anterioridad, toda vez que el mismo fue publicado en la página Web de la CNCS, aplicativo SIMO, para conocimiento de todos los aspirantes, incluido el actor, proceso de selección que se ha desarrollado en condiciones de igualdad entre los aspirantes al cargo de dragoneante, conocía y sabía de cuáles eran las causales de exclusión del proceso de selección, entre ellas, la descrita en el numeral 9 del artículo 10 del mencionado acuerdo, “*obtener un concepto de no apto en la valoración médica*”, concepto, se itera que tuvo de oportunidad a través de la reclamación de solicitar una nueva valoración médica, la cual le fue practicada, manteniéndose la misma interpretación, informándole los resultados definitivos de los resultados a través de la página Web de la CNCS, donde le ratificaron el estado de no apto y de conformidad con lo establecido en el acuerdo de convocatoria, el mismo fue excluido del proceso de selección. Igualmente tenía conocimiento y así está reglamentado en el acuerdo y también fue dado a conocer a través de la respuesta la reclamación de fecha 10 de diciembre de 2019, que contra la decisión que resuelve la reclamación de los resultados de la valoración médica, no procedía ningún recurso.

Es de resaltar, que las reglas establecidas en la convocatoria se erigen como norma para la trayectoria del concurso, pues esa es la legítima expectativa de los vinculados a él y, de ser inaplicada, vulneraría los diferentes intereses en juego alrededor del concurso, tal como el de quien aspira a ocupar un cargo de carrera, es decir, las disposiciones de la convocatoria deben cumplirse en todos sus ámbitos.

Así las cosas, y teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en la parte motiva, en el presente caso, no existe por parte de las entidades accionadas, conducta activa u omisiva, que permita concluir la vulneración de los derechos fundamentales y a partir de la cual, este Despacho pueda impartir órdenes para amparar por vía de tutela los derechos fundamentales invocados por el accionante a través de su apoderado Judicial, o hacer un juicio de reproche en contra de las entidades accionadas, en razón a que la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA cumplieron las reglas establecidas en el acuerdo No



CNSC 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, que convocó al concurso- curso abierto de méritos para proveer definitivamente el empleo denominado dragoneante , código 4114, grado 11, perteneciente al sistema específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario INPEC, reglas encargadas de regir el proceso de selección convocatoria No 800 DE 2018- INPEC - Dragoneantes, las cuales resultan vinculantes para el accionante.

Dentro de este orden de ideas, considera el Despacho que de manera alguna se evidencia en el caso concreto, que se hayan vulnerado derechos fundamentales al accionante, dado que el proceso de concurso y concretamente de reclamación se realizó siguiendo los lineamientos fijados en la convocatoria No. 800 de 2018, y ante la inconformidad de la primera valoración médica laboral, que conceptuó NO APTO, la misma fue ratificada por una segunda.

Así las cosas , en el presente caso, no resulta procedente la acción constitucional ni de manera permanente ni transitoria, y además, en relación con el perjuicio irremediable, alegado por el accionante, el cual sustentó en la inminente restructuración del INPEC, la tardanza del trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, del cual ya solicitó audiencia de conciliación prejudicial, como requisito de procedibilidad y la nueva convocatoria realizada por la CNSC, el día 23 de diciembre de 2019, para proveer cargos de dragoneantes de INPEC.

Sobre esta particular, es preciso indicar que en relación con la restructuración del INPEC, es una mera expectativa, lo cual no se tiene certeza cuando se vaya a efectuar tal procedimiento. Respecto del trámite ante lo contencioso administrativo, allí se adelantara el mismo conforme a la normatividad establecida en el CPACA, y finalmente respecto de la nueva convocatoria para proveer cargos de dragoneantes, la misma tendrá su propia reglamentación y número de vacantes ofertadas. Razones por las cuales, en el presente caso, el Despacho no vislumbra un perjuicio irremediable, que permita amparar transitoriamente por vía de tutela los derechos fundamentales invocados por el accionante.



Por lo anterior, la acción de tutela impetrada por el accionante DUVAN GAMBOA JEREZ, se negará, por no existir vulneración alguna de los derechos fundamentales invocados.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Vélez, Santander, Administrando Justicia, en nombre de la República y por Autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- NEGAR el amparo por vía de tutela de los derechos fundamentales invocados el accionante DUVAN GAMBOA JEREZ, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO.- Por Secretaría de este Juzgado, dar cabal cumplimiento al artículo 5° del Decreto 306 de 1992, para efectos de notificación de esta decisión y solicítese a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC y a la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, publiquen en sus páginas Web el contenido de esta sentencia.

TERCERO.- ORDENAR que en caso de no ser impugnada la presente sentencia, por la Secretaría se proceda conforme a lo indicado en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, remitiendo las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,


LEONOR AYALA CARREÑO.