El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia - 1a Instancia –17 de enero de 2017

Radicación Nro. : 66001-22-13-000-2016-01212-00

Accionante: KAREN DANIELA RÍOS ARBELÁEZ

Accionado:       COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Proceso:                 Acción de Tutela – Declara improcedente la acción

Magistrado Ponente:  EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS

**Temas: CONCURSO DE MÉRITOS / INAPTITUD EN CALIFICACIÓN MÉDICA / CARÁCTER RESIDUAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA / EXISTE OTRO MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL / IMPROCEDENCIA.** “La solicitud de amparo constitucional formulada por la señora KAREN DANIELA RÍOS ARBELÁEZ, radica en que en el proceso de selección de los aspirantes al concurso de méritos de la Convocatoria que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC- realiza, (Convocatoria 335 de 2016), en la que se inscribió para concursar al cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11, superó las pruebas de requisitos mínimos, psicológica, de valores, físico atlética, así como la entrevista, pero no la prueba de valoración médica, donde obtuvo como resultado “No Apto”, con la observación *“PRESENTA INHABILIDAD CON RELACIÓN AL EXAMEN MÉDICO POR TALLA”,*  esto es, por no tener la estatura mínima requerida de 1.58 metros, pues mide 1.55 metros, lo que considera discriminatorio y vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo entre otros. (…) Pero no acreditó la actora que haya elevado reclamación alguna en procura de que se modificara el resultado de su valoración médica y al respecto nada refiere la CNSC, que habilitó a través de su página web, un aplicativo designado para tal fin en el “minisitio” de la convocatoria. (…) Así las cosas, la tutela no está llamada a prosperar porque, se reitera, su naturaleza es subsidiaria y no puede acudirse a ella como mecanismo principal de defensa judicial; pretendiendo la actora suplir con ella, la facultad de reclamación que tenía contra el acto administrativo que la excluyó de la convocatoria, todo lo cual, impide efectuar su estudio como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En síntesis, a título de conclusión, en el presente caso la acción de tutela se torna improcedente y así será declarada.”.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

Sala de Decisión Civil Familia

Magistrado Ponente:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, diecisiete (17) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Acta N° 010 de 17-01-2017

Expediente: 66001-22-13-000-2016-01212-00

**I. ASUNTO**

Procede la Sala a resolver la acción de tutela interpuesta por KAREN DANIELA RÍOS ARBELÁEZ, frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- trámite al que fue vinculado el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-.

**II. ANTECEDENTES**

1. La citada ciudadana interpone el presente amparo constitucional reclamando la salvaguarda de sus derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación, al trabajo, al acceso y ejercicio de cargos público y al debido proceso, por considerar están siendo vulnerados por la entidad accionada.

2. Señala como hechos los siguientes:

(i) Realizó el proceso para participar en la convocatoria 335 de 2016 del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC- DRAGONEANTES, y así acceder al empleo denominado Dragoneante Código 4114 Grado 11.

(ii) Indica que superó las pruebas de requisitos mínimos, psicológica, de valores, físico atlética, así como la entrevista, pero en la prueba de valoración médica, obtuvo como resultado “No Apto”, con la observación *“PRESENTA INHABILIDAD CON RELACIÓN AL EXAMEN MÉDICO POR TALLA”,* es decir, la excluyen por una mínima diferencia en su estatura.

(iii) Señala que desde el principio se tenía conocimiento de su talla, prueba de ello era la registrada en su documento de identidad, el que anexó a la documentación aportada, por lo que se le tuvo que haber rechazado de plano si no cumplía con los requisitos de la convocatoria, lo cual no sucedió y se le permitió seguir avanzando en el proceso creándole una ilusión en su aspiración; con su exclusión le vulneran sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo entre otros.

3. Con fundamento en lo anterior, solicita dejar sin efecto la decisión adoptada en lo que respecta a la prueba de valoración médica donde resultó “No Apta” y se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- tomar las acciones administrativas correspondientes para que se le permita continuar con el proceso de manera activa, sin tener que pagar nuevamente el valor por concepto de exámenes médicos.

4. Por auto del 13 de diciembre de 2016 se admitió la demanda, se dispuso la vinculación del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-, ordenándose la notificación y traslado*.*

4.1 Se pronunció el Coordinador Grupo Tutelas del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-, e indicó que esa entidad no ha vulnerado derechos fundamentales a la accionante, por cuanto el proceso de convocatoria es competencia constitucional, legal y funcional de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, transcribe algunos de los artículos de dicha convocatoria relacionados con la entidad responsable de la misma (CNSC), los requisitos de participación, las causales de exclusión y las consideraciones previas al proceso de inscripción. Hace referencia a la posible temeridad de la accionante al interponer la misma acción de tutela ante el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad. Solicita declarar improcedente el amparo constitucional frente al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC- (fls. 26-28).

3.2 La Comisión Nacional del Servicio Civil se pronunció sobre los siguientes aspectos: 1) La improcedencia del amparo constitucional por su carácter subsidiario y excepcional al existir otros mecanismos jurídicos al alcance de la accionante e imposibilidad de sustitución de los medios de defensa administrativos; 2) La inexistencia de un perjuicio irremediable y 3) La convocatoria y sus requisitos; para deducir que la exigencia de una estatura determinada no constituye factor de discriminación ni una condición caprichosa, sino que se deriva del estudio técnico de los requerimientos mínimos para desarrollar el proceso de ingreso de personal que hará parte del cuerpo de custodia y vigilancia, lo cual se hace a través de los profesiogramas y perfiles profesiográficos de cada cargo. Así las cosas, para el cargo de Dragoneante, la estatura mínima requerida en hombres es de 1.66 metros y en mujeres 1.58 metros. Para justificar lo anterior trae a colación la sentencia de la Corte Constitucional T-785 de 2013 y pronunciamientos de otros Tribunales del país donde en casos similares han negado el amparo constitucional. También hace un análisis sobre los presupuestos de la sentencia de la Corte Constitucional T-1266 de 2008, para concluir que no es completamente aplicable, pues si bien tiene analogía fáctica, los criterios por los cuales se falló en esa oportunidad fueron superados por el INPEC, esto es, la falta de justificación de la exigencia de una estatura mínima para el ingreso, a través de grupos de trabajo y consideraciones de tipo médico y técnico, pues la Corte determinó que lo que genera discriminación no es la exigencia de estatura en sí, sino su falta de justificación.

Concluye su intervención solicitando no tutelar derecho fundamental alguno a favor de la accionante. (fls. 1-14 del CD obrante a folio 37 del expediente).

**III. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. Esta Corporación es competente para conocer de la tutela, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y en los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000.

2. La controversia consiste en dilucidar si la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC- vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, no discriminación, al trabajo, al acceso y ejercicio de cargos público y al debido proceso, de la señora KAREN DANIELA RÍOS ARBELÁEZ, dentro del proceso de la convocatoria 335 de 2016 del INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC- DRAGONEANTES, para acceder al empleo denominado Dragoneante Código 4114 Grado 11, que amerite la injerencia del juez Constitucional, por haber sido declarada no apta al no cumplir con el requisito de la estatura mínima exigido para dicho cargo.

3. Es suficientemente conocido que la acción de tutela es un instrumento procesal de trámite preferente y sumario, establecido por el artículo 86 de la Carta Política de 1991, con el objeto de que las personas, por sí mismas o a través de apoderado o agente oficioso, puedan reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados de violación por la acción u omisión de cualquiera autoridad pública, o de los particulares. Este amparo constitucional es de carácter residual y subsidiario, porque solo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de salvaguarda, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

4. En cuanto a la acción de tutela en materia de concurso de méritos, la Corte Constitucional ha precisado que:

*“…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 acto. Dicha improcedencia responde a los factores característicos de residualidad y subsidiariedad que rigen esta acción de origen constitucional. 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 requerir medidas urgentes, de ser grave y de ser impostergable; 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. La Corte ha aplicado ésta última subregla cuando los accionantes han ocupado el primer lugar en la lista de elegibles y no fueron nombrados en el cargo público para el cual concursaron, circunstancia ésta en la que ha concluido que el medio idóneo carece de la eficacia necesaria para proveer un remedio pronto e integral y, por ende, ha concedido la protección definitiva por vía tutelar. En este último caso, corresponde al juez de tutela evaluar si el medio alternativo presenta la eficacia necesaria para la defensa del derecho fundamental presuntamente conculcado.”*[[1]](#footnote-1)

**IV. CASO CONCRETO**

1. La solicitud de amparo constitucional formulada por la señora KAREN DANIELA RÍOS ARBELÁEZ, radica en que en el proceso de selección de los aspirantes al concurso de méritos de la Convocatoria que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC- realiza, (Convocatoria 335 de 2016), en la que se inscribió para concursar al cargo de Dragoneante Código 4114 Grado 11, superó las pruebas de requisitos mínimos, psicológica, de valores, físico atlética, así como la entrevista, pero no la prueba de valoración médica, donde obtuvo como resultado “No Apto”, con la observación *“PRESENTA INHABILIDAD CON RELACIÓN AL EXAMEN MÉDICO POR TALLA”,*  esto es, por no tener la estatura mínima requerida de 1.58 metros, pues mide 1.55 metros, lo que considera discriminatorio y vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y al trabajo entre otros.

2. El artículo 52 del acuerdo 563 del 14 de enero de 2016, *“Por el cual se convoca a Concurso - Curso Abierto de Méritos para proveer definitivamente las vacantes del Empleo denominado Dragoneante, Código 4114, Grado 11, perteneciente al Régimen Específico de Carrera del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC - Convocatoria No. 335 de 201í6”,* indica la estatura mínima y máxima de los aspirantes así: *“De conformidad con la Resolución No. 005657 del 24 de diciembre de 2015 del INPEC, uno de los requisitos de aptitud física del aspirante es la estatura, la cual debe encontrarse dentro de los siguientes rangos:*

*> Hombres Mínima: 1.66m y Máxima: 1.98m*

*> Mujeres Mínima: 1.58m y Máxima: 1.98m*

*La estatura de los aspirantes será evaluada al momento de la presentación de la valoración médica, dicha medición será realizada por el Médico Especialista en Salud Ocupacional, siendo ésta la única valoración válida para el proceso de selección.*

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

3. Ahora, el artículo 54 del mismo acuerdo 563, trata de la atención y respuesta a las reclamaciones relacionadas con los resultados de la valoración médica *“Las reclamaciones de los aspirantes con concepto de NO APTO, con ocasión de los resultados de la Valoración Médica, serán presentadas ante la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección, dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de los resultados.*

*La reclamación será decidida y comunicada a través de la página Web de la CNSC, en el link "Convocatoria No. 335 de 2016 - INPEC Dragoneantes", o en la página de la universidad, institución universitaria e institución de educación superior que la CNSC contrate para el desarrollo del proceso de selección.*

*Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la Valoración Médica, no procede ningún recurso.”*

4. Pero no acreditó la actora que haya elevado reclamación alguna en procura de que se modificara el resultado de su valoración médica y al respecto nada refiere la CNSC, que habilitó a través de su página web, un aplicativo designado para tal fin en el “minisitio” de la convocatoria.

5. La Corte Constitucional en asuntos contra la misma entidad aquí accionada, previo al estudio de su procedencia excepcional, ha expresado:

*“…conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*

*Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.”[[2]](#footnote-2)*

Aunado a ello, y como ha sido expresado por esta Sala en providencia de tutela del 30 de mayo de 2014, radicada al No. 2014-00149-00, mediante la cual se negó por improcedente el amparo constitucional frente a la entidad hoy accionada, es bien sabido que *“La salvaguarda es improcedente si quien la interpone no ha acudido a las autoridades censuradas para poner de presente su reclamo, pues, como lo ha indicado la jurisprudencia, las controversias en torno a las determinaciones de la administración deben discutirse ante la institución que las emitió o en la jurisdicción correspondiente, antes de suplicar resguardo por esta vía.*

*“Siguiendo ese lineamiento, si la promotora considera que algún acto concreto de la acusada le está transgrediendo las garantías esenciales (…) debe dirigirse al Batallón Pedro Nel Ospina para que dicha autoridad se pronuncie al respecto y, de ser pertinente, adopte una determinación sobre la situación expuesta, previamente a hacer uso de este mecanismo. “En ese orden de ideas, no puede anticiparse el juez constitucional a las decisiones de dicho organismo.”*

6. Así las cosas, la tutela no está llamada a prosperar porque, se reitera, su naturaleza es subsidiaria y no puede acudirse a ella como mecanismo principal de defensa judicial; pretendiendo la actora suplir con ella, la facultad de reclamación que tenía contra el acto administrativo que la excluyó de la convocatoria, todo lo cual, impide efectuar su estudio como mecanismo transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

7. En síntesis, a título de conclusión, en el presente caso la acción de tutela se torna improcedente y así será declarada. Se desvinculará al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-, convocado en este trámite.

8. Por último, es del caso aclarar que no se ha configurado la temeridad en la presente actuación, porque si bien la tutela inicialmente se había tramitado por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad, dicho despacho en cumplimiento de la Circular CSJRC16-194 del 7 de diciembre de 2016, proferida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, la remitió por competencia a esta Corporación.

**V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala de decisión Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**Primero:** DECLARAR IMPROCEDENTE la presente acción de tutela interpuesta por KAREN DANIELA RÍOS ARBELÁEZ, frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC-, por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

**Segundo:** DESVINCULAR al INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO –INPEC-.

**Tercero:** Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito posible (Art. 5o. del Decreto 306 de 1992).

**Cuarto:** Si no fuere impugnada, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**Quinto:** ARCHIVAR el expediente, previa anotaciones en los libros radicadores, una vez agotado el trámite ante la Corte Constitucional.

Notifíquese

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Sentencia T- 090 de 2013 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-829 de 2012; T-112 A de 2014, T -654 de 2011. [↑](#footnote-ref-2)