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 respectiva Secretaría.

Radicación Nro.: 66170-31-05-001-2020-00055-01

Referencia: Impugnación de tutela

Accionante: Jhonier Esneider Narváez Marín

Accionados: Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y Universidad Libre

Providencia: Sentencia de segunda instancia

**TEMAS: DEBIDO PROCESO / CONCURSO DE MÉRITOS / SELECCIÓN DE PERSONAL PARA EL INPEC / CONDICIONES FISICAS / ESTATURA DEL ASPIRANTE / ES REQUISITO RAZONABLE, PROPORCIONAL Y NECESARIO.**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: i) la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, ii) legitimación por activa y por pasiva de los accionados, iii) la inmediatez y iv) subsidiariedad. (…)

… en un caso similar al aquí debatido y en el que se trataba de una exclusión de una persona al concurso de méritos del INPEC a cargo de la CNSC por criterios referentes a la apariencia, estado físico y salud del aspirante, la Corte Constitucional señaló que el análisis de este requisito debe valorarse desde otra óptica, “(…) 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 con lo que tiene que ver con la vigencia y protección de sus derechos fundamentales”, por lo que pese a existir los mecanismos ordinarios de defensa judicial, como nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, no resultan idóneos ni eficaces para evitar un perjuicio irremediable y, por tanto, es procedente la tutela…”

… la Corte Constitucional en un caso en el que tres mujeres y un hombre fueron excluidos del proceso de selección de una misma convocatoria por el incumplimiento de los requisitos de condiciones físicas, entre ellos la estatura, señaló que no resultaba desproporcionado el requerimiento de unos parámetros mínimos como son la talla de la persona “(…) 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”…

… del escrito de tutela se advierte que el accionante en ningún momento ha atacado la validez del resultado de la valoración de la estatura, pues el único argumentó que utilizó para decir que estaba mal apreciada fue que la respuesta carecía de un soporte técnico científico para la exclusión del concurso, ya que previamente había prestado el servicio militar obligatorio en el INPEC, en el que no le exigieron tal requisito.

Frente al punto, la Sala no lo comparte, en tanto que ninguna prueba allegó para demostrar que existió una falta de valoración técnico científica y, muchos menos se puede llegar a esa misma conclusión por el hecho de haber prestado servicio militar en dicha institución, pues analizada la OPEP No. 74586 de la Convocatoria No. 800 de 2018, se evidencia que como requisitos mínimos para el cargo era tener diploma de Bachiller, en cualquier modalidad, sin necesidad experiencia; por tanto, no tenía ninguna incidencia para su calificación…



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Pereira, Risaralda, **ocho (08) de mayo de dos mil veinte (2020)**

Acta número 70 de 08-05-2020

Decide la Sala la impugnación de la sentencia proferida el 16/03/2020 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, dentro de la acción constitucional instaurada por Jhonier Esneider Narváez Marín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.004.670.867, domiciliado en la manzana R casa 9 Barrio Nueva Granada de Dosquebradas, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC; trámite al que se vinculó el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

**ANTECEDENTES**

**1. Derechos fundamentales invocados, pretensión y hechos relevantes en los que se funda**

Quien promueve el amparo pretende la protección de los derechos fundamentales a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones justas, igualdad, confianza legítima y, en consecuencia, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil de ahora en adelante CNSC dejar sin efectos la exclusión a la convocatoria de dragoneante del INPEC “*bajo la demostración de la actividad ante la jurisdicción contenciosa administrativa*” y, así continuar con las demás etapas del concurso.

Narró el accionante que: i) participó en la Convocatoria No. 800 de 2018 para proveer el cargo de Dragoneante, para lo cual, agotó cada una de las etapas hasta llegar a la valoración médica; ii) le practicaron dos exámenes, en los que se indicó que no presenta deficiencias de crecimiento, en los términos que lo describe el profesiograma; iii) prestó servicio militar como bachiller del INPEC y para su ingresó no se identificaron restricciones para el ejercicio de custodia y vigilancia, como lo quiere hacer ver la CNSC; además, el límite de estatura no presenta un obstáculo para el cumplimiento de las funciones.

iv) los criterios adoptados sobre el riesgo ocupacional carecen de sustento empírico, lo que convierte en un factor sospechoso de discriminación; v) la CNSC en misiva del 10/12/2019, después de su segunda valoración no resolvió de fondo la reclamación, ya que no expuso las razones técnico científicas por las cuales lo excluía.

vi) presentó conciliación extrajudicial para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho “*con acumulación de nulidad con solicitud de suspensión provisional de los efectos de la decisión* *de la CNSC que confirma mi exclusión de esta Convocatoria*” y contra los actos de contenido general que regulan la convocatoria.

**2. Pronunciamiento de la accionada y vinculada.**

La **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC** solicitó declarar improcedente la tutela, en razón a que el actor cuenta con otro mecanismo judicial idóneo para la garantía de sus derechos, esto es, el proceso de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, conforme lo tiene previsto la Ley 1437 de 2011; pero, agregó, que de pasarse por alto este requisito, tampoco hay lugar a la misma, pues el accionante conocía de los requisitos para acceder al cargo de dragoneante, entre ellos, la estatura que debía de cumplir el aspirante, los que se encontraban expuestos en el Acuerdo 2018000006196 de 12/10/2018, y habían sido publicados con anterioridad.

Asimismo, señaló que la Universidad de Pamplona como operador logístico resolvió de fondo el derecho de petición instaurado por el accionante y que fue elevado a través de la plataforma de SIMO, siendo notificado del mismo, el 10/12/2019.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC- guardó silencio, pese estar debidamente notificado.

**3. Sentencia impugnada**

El Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda negó por improcedente el amparo pretendido por el señor Jhonier Esneider Narváez.

Para arribar a dicha conclusión, consideró que el demandante tuvo conocimiento previo de las condiciones que debía de cumplir para aspirar al cargo de dragoneante y que están consignados en la Resolución NO. 002141 del 09/07/2018 y, por tanto, la respuesta de NO APTO no era desproporcionada, sino razonable, en la medida que el personal de INPEC debía de ejecutar funciones de custodia, seguridad y vigilancia de los internos de la cárcel y, agregó, que del material probatorio no se observaba un trato discriminatorio respecto del actor y frente a los demás participantes.

Ahora, también indicó que el derecho que tenía el accionante era una mera expectativa y no un derecho adquirido, pues para ello, era necesario satisfacer cada uno de las etapas del proceso y, así salir seleccionado para el nombramiento en el cargo al que se aspiró.

Por último, señaló que ninguna vulneración encontró a los derechos fundamentales del accionante al contrario evidenció que se le ha garantizado el debido proceso; más aún cuando puede acudir directamente a los medios de control de nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho previsto en la jurisdicción contenciosa administrativa.

**4. Impugnación**

La accionante solicitó la revocatoria de la decisión al considerar que es inadmisible que se admitan errores evidentes en la valoración médica.

**CONSIDERACIONES**

**1. Competencia**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción, al ser superior funcional del Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, quien profirió la decisión.

**2. Problema jurídico**

En atención a lo expuesto por el accionante, la Sala se formula los siguientes:

Conforme a los hechos de la tutela ¿La Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC vulneró los derechos fundamentales invocados por el accionante al excluirlo del concurso de méritos por no cumplir la talla para acceder al cargo de dragoneante?

Previo a abordar el interrogante planteado le compete a la Sala verificar el cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela.

**3. Requisitos de procedencia de la tutela**

Se tiene como requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991: *i)* la presunta vulneración de un derecho fundamental por acción u omisión de una autoridad pública y en algunos casos por particulares, *ii)* legitimación por activa y por pasiva de los accionados, *iii)* la inmediatez y *iv)* subsidiariedad[[1]](#footnote-1).

**3.1. Legitimación**

Está legitimada por activa el señor Jhonier Esneider Narváez Marín, al ser el titular de los derechos fundamentales enunciados en la tutela y, la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC por ser la entidad responsable del concurso abierto de méritos para la provisión de cargos de dragoneantes del INPEC y, si bien, respecto de este último no se endilga ninguna responsabilidad, de las resultas del proceso podría verse afectado, por tanto, también está legitimado.

**3.2 Derecho fundamental**

No cabe duda que son fundamentales los derechos a la dignidad humana, debido proceso administrativo, trabajo en condiciones justas, igualdad y confianza legítima.

**3.3. Inmediatez**

En relación con la inmediatez, se encuentra satisfecha por cuanto desde la fecha en que se resolvió la reclamación presentada por el accionante el 10/12/2019 y la interposición de la tutela – 04/03/2020 -, ha pasado menos de 6 meses, lapso que se considera razonable para incoar el amparo.

**3.4. Subsidiariedad**

La Corte Constitucional ha dicho que la acción de tutela procede *i)* cuando no existan otros medios de defensa judiciales para la protección del derecho amenazado o vulnerado; *ii)* cuando existiendo los mismos no sean eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, caso en el cual la tutela desplaza el medio ordinario de defensa; *iii)* y cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, opera entonces como mecanismo transitorio de protección.

Sin embargo, en un caso similar al aquí debatido y en el que se trataba de una exclusión de una persona al concurso de méritos del INPEC a cargo de la CNSC por criterios referentes a la apariencia, estado físico y salud del aspirante, la Corte Constitucional señaló que el análisis de este requisito debe valorarse desde otra óptica, *“(…) 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 con lo que tiene que ver con la vigencia y protección de sus derechos fundamentales*”, por lo que pese a existir los mecanismos ordinarios de defensa judicial, como nulidad y nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contenciosa administrativa, no resultan idóneos ni eficaces para evitar un perjuicio irremediable y, por tanto, es procedente la tutela[[2]](#footnote-2).

**4. Solución al interrogante planteado**

**4.1. Fundamento jurídico**

La Convocatoria No. 800 de 2018, en la que participó el señor Jhonier Esneider Narváez Marín y la que fue reglamentada a través del Acuerdo No. 20181000006196 del 12/10/2018 dispuso la estructura del proceso en las siguientes etapas: i) Convocatoria y Divulgación; ii) Adquisición de derechos de participación e inscripciones; iii) verificación de requisitos mínimos; iv) aplicación de pruebas; v) valoración médica; vi) curso; vii) conformación de lista de elegibles y; vii) periodo de prueba.

Ahora, en el artículo 6° del citado acto se indicó las normas que regirían el proceso de selección, entre ellas, la Resolución No. 002141 de 09/07/2018 y que regulaba el tema de “*Por medio del cual se actualiza el Profesiograma, Perfil Profesiografico y Documento de Inhabilidades Médicas Versión 4 para el empleado de Dragoneante, Versión 3 para los empleos de Inspector e Inspector Jefe*”; además, se consignó como causales de exclusión, entre otras, obtener concepto de NO APTO en la valoración médica.

Frente a éste último punto, el artículo 45 ibídem señaló que no era una etapa del proceso, sino un requisito que se debía de cumplir previamente para ingresar al curso y que para su valoración se tendría en cuenta la Resolución No. 002141 de 09/07/2018, cuyos resultados serían APTO y NO APTO; en relación con este se consignó que “*Será calificado NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, según el Profesiograma establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección*”.

Por último, el artículo 47 ejusdem determinó como estatura mínima y máxima de los aspirantes: hombres mínima: 1.66m y Máxima: 1.98m y mujeres mínima: 1.58m y máxima: 1.98m.

**Requisitos de proporcionalidad y racionalidad en los exámenes físicos**

Al respecto, la Corte Constitucional en un caso en el que tres mujeres y un hombre fueron excluidos del proceso de selección de una misma convocatoria por el incumplimiento de los requisitos de condiciones físicas, entre ellos la estatura, señaló que no resultaba desproporcionado el requerimiento de unos parámetros mínimos como son la talla de la persona “*(…) 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*”[[3]](#footnote-3).

Por último, indicó el Alto Tribunal que no se violan los derechos de los aspirantes cuando i) fueron advertidos de tales presupuestos con anterioridad; ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y iii) la decisión a la exclusión del proceso se haya adoptado teniendo en cuenta las reglas previamente fijadas.

**4.2. Fundamento Fáctico**

Cumple advertir que para la Sala no existe una vulneración a los derechos fundamentales que dijo el accionante estaban siendo lesionados por la CNSC y, por tanto, había lugar a negar el amparo pretendido, como acertadamente lo indicó el *a quo.*

En efecto, al revisar el material probatorio se tiene que el demandante participó en la convocatoria No. 800 de 2018 para aspirar al cargo de dragoneante del INPEC, pues llegó a la etapa de valoración médica como se extrae del oficio del 10/12/2019, lo que permite inferir que previamente tuvo conocimiento de los parámetros que reglamentaban el concurso, los que fueron publicados y referenciados en la página web [www.cnsc.gov.co](http://www.cnsc.gov.co); sin que se tenga prueba de que hubiera existido una trato desigual en el caso del actor frente a los demás participantes.

Asimismo, la exclusión del concurso se basó en la verificación objetiva de los requisitos, pues nótese que de la HC que fue aportada por el propio demandante y en la que no mostró ningún reparo, se observa que el profesional médico Bibiano Antonio Ocampo Hernández – Médico Especialista Salud Ocupacional en el acápite denominado “*Examen físico – signos vitales*” consignó que la “*Talla Cms*” era de 1.63 (fl. 16, cdno 1), la que contrastada con la respuesta ofrecida por la CNSC en el oficio de 10/12/2019, permite concluir que de manera clara ésta aplicó cada uno de los presupuestos contenidos en el Acuerdo No. 20181000006196 del 12/10/2018 y en los que aparecía explícitamente que el requisito para los hombres en cuanto a la estatura era de 1.66 cm; presupuesto plenamente conocido por el señor Narváez Marín y el que no cumple.

Ahora, del escrito de tutela se advierte que el accionante en ningún momento ha atacado la validez del resultado de la valoración de la estatura, pues el único argumentó que utilizó para decir que estaba mal apreciada fue que la respuesta carecía de un soporte técnico científico para la exclusión del concurso, ya que previamente había prestado el servicio militar obligatorio en el INPEC, en el que no le exigieron tal requisito.

Frente al punto, la Sala no lo comparte, en tanto que ninguna prueba allegó para demostrar que existió una falta de valoración técnico científica y, muchos menos se puede llegar a esa misma conclusión por el hecho de haber prestado servicio militar en dicha institución, pues analizada la OPEP No. 74586 de la Convocatoria No. 800 de 2018, se evidencia que como requisitos mínimos para el cargo era tener diploma de Bachiller, en cualquier modalidad, sin necesidad experiencia; por tanto, no tenía ninguna incidencia para su calificación; máxime que se desconocen las razones por las cuales en la oportunidad que prestó su servicio obligatorio omitieron tal aspecto, como se itera, carece de prueba el expediente para llegar a esa determinación.

En ese orden de ideas, había lugar a negar el amparo pretendido como lo señaló el *a quo*, pero no por improcedente como lo indicó en el numeral 1° de la sentencia, por lo que hay lugar a modificar este ordinal, para excluir la razón de la negativa “improcedente”.

Por último, tampoco hay lugar a verificar si la respuesta emitida por la CNSC en el oficio de 10/12/2019 fue de fondo, en tanto, el actor no aportó el derecho de petición que presentó y así poder verificar tal aseveración.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se modificará el numeral 1° de la sentencia, para excluir la razón de la negativa “improcedente”.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Risaralda - Sala Segunda de Decisión**, administrando justicia en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución,

**R E S U E L V E**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 1° de la sentencia del 16/03/2020 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda, dentro de la acción constitucional instaurada por **Jhonier Esneider Narváez Marín**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.004.670.867 contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC; trámite al que se vinculó el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario - INPEC-, el que para mayor comprensión quedará así:

*“PRIMERO: NEGAR la tutela instaurada por el señor JHONIER ESNEIDER NARVÁEZ MARÍN, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y el INPEC, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído”.*

**SEGUNDO: COMUNICAR** esta decisión a las partes e intervinientes en el término de Ley y al juzgado de origen.

**TERCERO: REMITIR** el expediente a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrado Magistrada

1. Corte Constitucional. Sentencia T-275 de 12-04-2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional T-438 de 2018 [↑](#footnote-ref-2)
3. Corte Constitucional T-586 de 2017 [↑](#footnote-ref-3)