**Providencia:** Tutela del 27 de octubre de 2015

**Radicación** **No.:**  66001-22-05-000-2015-00163-00

**Proceso:**  Acción de tutela

**Accionante:**  Wilsón Laverde Soto

**Accionado:**  Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

**Magistrada ponente:** Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema:**

**Exigencia de requisitos de aptitud física dentro de los concursos-cursos para proveer cargos públicos:** *Así las cosas, en los casos en los cuales el requisito de aptitud física para ingresar a un concurso de méritos no es proporcional ni racional, la jurisprudencia ha sostenido que existe una presunción de discriminación a favor del actor, por lo tanto la entidad accionada deberá demostrar que la decisión de exclusión del aspirante, está justificada en la relación de necesidad que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo.[[1]](#footnote-1)*

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_**

**(Octubre 27 de 2015)**

Dentro del término estipulado en los artículos 86 de la Constitución Política y 29 del Decreto 2591, se resuelve en primera instancia la **Acción de Tutela** impetrada por el señor **Wilsón Laverde Soto** en contrade la **Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC**, la **Escuela Superior de Administración Pública-ESAP** y el **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INEC,** quienpretende la protección de los derechos fundamentales al **trabajo**, **acceso y ejercicio de cargos públicos**, **igualdad**, **debido proceso** y **defensa**. Se vinculó a **Positiva Compañía de Seguros**.

El proyecto, una vez revisado y discutido, fue aprobado por el resto de integrantes de la Sala, y corresponde a lo siguiente:

#### Antecedentes

* 1. **Hechos Relevantes**

Manifiesta el actor que desde hace más de 15 años es funcionario del INPEC, en el grado de dragoneante, por lo que participó en la convocatoria No. 322 de 2014 de la CNSC, concurso-curso de ascenso para proveer los empleos de inspector e inspector jefe pertenecientes a la carrera penitenciaria y carcelaria del INPEC, siendo el proceso regulado por el acuerdo No. 526 del 25 de septiembre de 2014 de la CNSC.

Informa que superó cada etapa hasta la oportunidad de presentar la prueba psicofísica, resultando en el examen médico como *“no apto”* y con una observación de obesidad, que le impidió continuar con el proceso. En consecuencia, el 24 de septiembre de 2015 allegó reclamación ante la CNSC, controvirtiendo los resultados, a lo que recibió respuesta el 6 de octubre de 2015, a través de documento público en el aplicativo electrónico de la CNSC, confirmando la decisión inicial con el argumento de la existencia de un reglamento, sin considerar que es dragoneante y que sus calificaciones de desempeño laboral siempre han sido superior al 90%, desconociendo así las pruebas y los argumentos esgrimidos.

Enuncia que la CSNC se basan en un documento que en su encabezado establece que es para grupos especiales del INPEC, como son el Comando Especial de Remisiones-CORES y el Comando de Reacción Inmediata-CRI, e incluso para dragoneantes, pero no para inspector que es el cargo al que estaba aspirando.

Alega que no existe proporcionalidad entre la aptitud física exigida y el desarrollo de las funciones propias del cargo a proveer, pues el cargo que desempaña en la actualidad presenta una mayor exigencia, siendo las funciones afines y el medio de ejecución de las labores es el mismo, por lo que al ser su rendimiento ejemplar durante todos los años de servicio a la institución, la declaratoria de no apto, es una discriminación, toda vez que la obesidad no puede ser objeto de violencia o exclusión social, y su sobrepeso no le ha impedido tener un desempeño ejemplar.

Agrega que es desproporcional y evidente el trato discriminatorio recibido por parte del INPEC y la ARL Positiva en la expedición del manual de actualización de inhabilidades médicas del INPEC, pues de acuerdo a sus criterios, lo descalifican para el cargo que desempeña en la actualidad y para el que aspira, sin un seguimiento laboral y criterios científicos.

Colorario de lo anterior, solicita se tutelen los derechos al trabajo, acceso y ejercicio de cargos públicos, igualdad, debido proceso y defensa, y en consecuencia, se deje sin efecto el acto administrativo mediante el cual fue calificado como *“no apto”,* y se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil que emita un acto administrativo mediante el cual lo califique como “*apto*” para continuar con el proceso de selección dentro de la convocatoria. Subsidiariamente, solicita que de considerarse que sus pretensiones puedan resolverse a través de otros mecanismos judiciales, se acceda al amparo constitucional como mecanismo transitorio, en procura de evitar un perjuicio irremediable, toda vez que el proceso de selección se encuentra en desarrollo.

#### Contestación de la demanda

La Comisión Nacional del Servicio Civil en su contestación indica que la acción de tutela promovida por Wilson Laverde Soto es improcedente, ya que con la misma pretende contrariar las reglas que rigen el proceso de selección en la Convocatoria 322 de 2014 contempladas en el Acuerdo 526 de 2014, el cual al encontrarse vigente es de obligatorio cumplimiento; aunado a que existen otros mecanismos jurídicos para controvertir las actuaciones que considera contrarias a sus derechos fundamentales, como es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, el cual es el medio idóneo de control al estarse discutiendo la legalidad de actos administrativos, facultad exclusiva de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Cita el contenido del Acuerdo 526 de 2014 en cuanto a la estructura del proceso, las causales de exclusión y las consideraciones previas de la inscripción, para señalar que todos los aspirantes decidieron de manera libre y espontánea participar en la convocatoria 322 de 2014, conociendo la normatividad que la rige, por lo que se da aplicación al derecho fundamental al debido proceso, e igualdad, así como el principio de confianza legítima, en su observancia.

Agrega que la CNSC suscribió el contrato No. 165 de 2012 con la ESAP con el objeto de que aplicara las pruebas del proceso de selección, entre las que se encuentra la prueba psicofísica, regulada por el artículo 38 del acuerdo 526 de 2014, que contempla una valoración médica y una prueba de personalidad. Asimismo la ESAP para llevar a cabo la valoración médica contrató la Sociedad Interdisciplinaria para la Salud S.A.-Centro de Medicina Diagnostica SIPLAS, quien en aplicación de las pruebas determinó que el señor Wilson Laverde Soto obtuvo concepto de “No Apto” por obesidad.

Manifiesta que los aspirantes pueden solicitar los resultados de los exámenes médicos en la Sociedad Interdisciplinaria para la Salud o en la IPS donde se practicaron, por lo que se desvirtúa el argumento del actor de que no se le dieron a conocer los exámenes ni ha podido obtenerlos, dificultando su defensa para pedir una segunda opinión con vulneración al debido proceso.

Asegura que tampoco es cierto que el profesiograma sea un documento exclusivo para el ingreso de los aspirantes al empleo de Dragoneante del INPEC, pues para los empleos de Inspector e Inspector Jefe se contempla el profesiograma adoptado mediante la Resolución No. 003360 del 11 de agosto de 2011 y la Resolución No. 002769 del 2 de agosto de 2014, diferente al de Dragoneante que fue adoptado a través de la Resolución No. 003168 del 21 de octubre de 2013. Así el actor conocía desde el inicio las condiciones en las que se desarrollaría la convocatoria, entre las cuales está la aplicación del profesiograma para el cargo de inspector e inspector jefe, con sus respectivas inhabilidades médicas, mismas que una vez elaboradas en conjunto por la ARL Positiva Compañía de Seguros, fueron puestas a disposición de los aspirantes antes de iniciar las inscripciones en el portal web oficial del proceso, como anexo No. 5, por lo que era responsabilidad de los interesados leer los documentos que los rigen y asegurarse de cumplir con las exigencias en ellos contenidas.

Se refiere a la exclusión del actor en cuanto a que la misma respondió a que él no superó la prueba psicofísica, al ser calificado como no apto por cambios degenerativos espondilosicos-obesidad, informándosele en la respuesta dada a la reclamación que los resultados de los exámenes médicos practicados por la Sociedad Interdisciplinaria para la Salud S.A. evidencian que con el diagnostico de obesidad se genera inhabilidad de acuerdo al manual de inhabilidades médicas del INPEC, págs. 674, 675 y 676 y lo expuesto en las pag. 68 y 69 sobre la misma, toda vez que el entrenamiento físico y la función a desarrollar se ve limitada, al dificultar la obesidad la realización de algunas tareas, generando fatiga y estando asociada a un mayor riesgo cardiovascular que puede generar sincopes y/o estar asociados a otras patologías consideradas como criterio de inhabilidad, como factor de riesgo de problemas de musculoesqueléticos y de osteoartritis.

Finalmente argumenta que exigir requisitos de tipo físico para el acceso a cargos públicos no es violatorio del derecho a la igualdad ni demás derechos de los aspirantes, siempre y cuando dichos requerimientos tengan justificada su necesidad en las funciones a desempeñar, estando establecido en el profesiograma y sus anexos los requerimientos físicos con los que deben contar los aspirantes y su justificación en las funciones a desempeñar por parte de los inspectores e inspectores jefes. En consecuencia, solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela, no tutelando por inexistencia de vulneración de derechos fundamentales.

La Escuela Superior de Administración Pública-ESAP allega contestación a la tutela en la que manifiesta que efectivamente el actor participó en la convocatoria en mención, siendo excluido al no superar la prueba psicofísica, pues se presentó a la misma sin cumplir las condiciones de aptitud previamente establecidas y conocidas por todos los participantes en cuanto al perfil que debían cumplir, lo que le consta a la entidad por administradora del concurso, limitándose a recopilar información técnica y científica aportada por los entes contratados, así como de evaluar las pruebas de conocimiento.

Indica que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso público, obligando no solo a la administración y entidades contratadas para la realización del concurso, sino también a todos los participantes, pues a estos se les da a conocer las reglas que imperan en las diferentes etapas del proceso de selección. Así la convocatoria 322 de 2014 realizada por la CNSC se fijaron los alcances y lineamientos específicos, así como las exigencias mínimas que debían procurar los aspirantes para su continuidad en cada uno de los ciclos determinados en la invitación pública, en igualdad de condiciones y oportunidades para todos, por lo que al participar en la convocatoria el accionante acepta las condiciones de la misma y se compromete a cumplirlas, no presentando queja alguna sobre los lineamientos durante la publicación, sino cuando al darle cumplimiento a lo establecido queda excluido al no resultar apto, no solo por estar afectado por la patología de obesidad, sino además por un cuadro evidenciado de hiperglicemia.

Frente a los derechos fundamentales invocados en la presenta acción, argumenta que al actor no se le está negando el acceso y ejercicio de cargos públicos ni el derecho al trabajo, toda vez que actualmente desempeña el cargo de dragoneante en el INPEC y el acceder al cargo de inspector es una mera expectativa que está sujeta al cumplimiento de todos los requisitos y ganar el concurso. En cuanto al derecho a la igualdad, si bien se hace referencia de manera genérica, no se precisa con exactitud a que igual se refiere, pues para que se configure la vulneración la entidad debe haber habilitado para continuar en el proceso de selección a un concursante que haya sido diagnosticado clínicamente por el mismo centro autorizado, con alguna patología que le impida continuar en el concurso, lo que no ocurrió y por tanto no se vio afectado el actor. Por el cargo de discriminación, arguye que la valoración fue ajustada a los requerimientos exigidos en la Resolución No. 003360 del 11 de agosto de 2011 y la Resolución No. 002769 del 21 de agosto de 2014, que adoptó el profesiograma, perfil profesiográfico y las inhabilidades médicas para los empleos de inspector del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC, teniendo una reglamentación clara que establece que para ejercer dicho cargo, un cuadro clínico de obesidad genera inhabilidad ocupacional.

Finalmente, con relación al debido proceso, asegura que no ha sido violado por las entidades accionadas, pues las mismas han surtido cada una de las etapas en el proceso de selección en desarrollo de la convocatoria, brindando las oportunidades procesales de cada prueba desarrollada para una reclamación, ejercicio del cual el tutelante hizo uso, dándosele contestación oportuna a su oficio, por lo que concomitantemente ejerció el derecho de defensa con el de contradicción. En consecuencia solicita que no se acceda a las peticiones del accionante, por no verse vulnerado o amenazado derecho fundamental alguno.

Una vez vinculada a la acción constitucional, Positiva Compañía de Seguros S.A., informa que en virtud de las funciones establecidas por el Decreto 1295 de 1994, articulo 80, literal g, dentro del sistema de vigilancia epidemiológico, realizó examen ocupacional al actor, el cual refleja las condiciones reales de salud que presenta el señor Wilson Laverde Soto, no siendo susceptible de recurso alguno el aludido examen por cuanto no corresponde a un acto administrativo. Así las peticiones deprecadas por el actor, concernientes a continuar incurso dentro del proceso de selección en la convocatoria No. 322 de 2014, son decisiones de competencia exclusiva de la CNSC, por lo que no existiendo por parte de la aseguradora una actuación vulneradora de derechos fundamentales, solicita se declare la no vulneración por parte de la entidad.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario-INPEC se pronuncia frente a la acción instaurada asegurando que en el desarrollo del proceso se evidenció que el accionante no es apto, acorde a la valoración médica, teniendo la única alternativa de excluirlo, toda vez que una decisión diferente atentaría con quienes sí reúnen el perfil convocado para el empleo de inspector del cuerpo de custodia del INPEC. Por tanto no están llamadas a prosperar las pretensiones del señor Wilsón Laverde Soto, toda vez que al tratarse de un concurso público, donde todos los aspirantes deben contar con igualdad de oportunidades, la acción de tutela no se ha estructurado para modificar convocatorias que se ajusten a los intereses de cada aspirante.

Agrega que se puede interpretar que el accionante no tuvo en cuenta la recomendación dada a los interesados de revisar los requisitos del empleo dados a conocer en la invitación pública, pues de manera caprichosa prefirió inscribirse en un concurso en el cual no reúne los requisitos mínimos legales. En consecuencia solicita se declare la improcedencia de la acción por existir otros mecanismos para controvertir la convocatoria, y se desestimen las pretensiones del accionante en atención al principio de igualdad, toda vez que los requisitos exigidos a los demás concursantes estuvieron ceñidos a las mismas condiciones y especificaciones que las del actor.

#### Consideraciones

* 1. **Problemas Jurídicos por resolver:**

¿Resulta discriminatoria la calificación de “no apto” y la consecuente exclusión del actor del proceso de selección para proveer los cargos de Inspector en el INPEC, por considerarlo inhábil al presentar obesidad?

* 1. **Exigencia de requisitos de aptitud física dentro de los concursos-cursos para proveer cargos públicos.**

En la Sentencia T-785 de 2013, Magistrado Ponente Luis Guillermo Guerrero Pérez, al considerar la Corte Constitucional procedente de forma excepcional la acción de tutela para determinar si la exclusión de determinados aspirantes al encontrarlos “no aptos” por presentar ciertas condiciones de salud ocupacional, trasgredió o no sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos, cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable, manifestó en cuanto a la exigencia de requisitos de aptitud física dentro de los concursos-cursos para proveer cargos públicos que:

*“En suma, todo colombiano tiene derecho –conforme con los postulados de la igualdad– a acceder a cargos públicos. Por regla general, el acceso a los mismos está supeditado a un concurso, en el cual es viable la exigencia de requisitos físicos. Sin embargo, tales requerimientos, para no trasgredir el orden constitucional, deben guardar relación con la labor a desempeñar, ser razonables y proporcionales, a más de haber sido previamente publicitados. La razonabilidad implica la imposibilidad de prescribir condiciones que resulten contrarias a la razón o a la naturaleza humana, mientras que la proporciona-lidad reclama que los requisitos que se impongan guarden simetría con las funciones a desempeñar. Toda decisión de exclusión debe estar justificada, para lo cual son válidos los fundamentos científicos, entre otras, cuando obedezcan a estudios de salud ocupacional, en los que se busca disminuir la probabilidad de que se presenten enfermedades o de que se dificulte el cumplimiento de las labores propias del cargo.*

*Lo anterior se explica, por una parte, porque es legítimo que el Estado planifique y prevea los riesgos a los que someterá a los futuros servidores públicos. Tanto es así que incluso el legislador en la Ley 1562 de 2012 , definió como uno de los componentes de la salud ocupacional, “(…) la prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo (…)” ; y por la otra, porque el Estado destinará recursos y tiempo para capacitar a las personas que ingresarán en la carrera administrativa a desempeñar un cargo, frente a lo cual es válido reducir las hipótesis que, con cierto grado de certeza, podrían conducir a que una persona no cumpla finalmente con el trabajo para el cual fue vinculado.”*

Reiterando la anterior postura, manifestó el Alto Tribunal, en la Sentencia T-798 de 2013, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo:

*“En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa académico, a cierto tipo de formación especializada o para desempeñar determinadas tareas, por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han exigidos, no vulnera derechos fundamentales. Lo anterior, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (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.*

*Bajo ese entendido, esta Corporación ha sostenido que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección son necesarias, pero si pueden ser cuestionables cuando los requisitos requeridos carecen de importancia ante la realización de las funciones del cargo sujeto a concurso. En ese sentido, se ha concluido que para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucionalidad, debe ser, como mínimo, (i) razonable, es decir, no puede implicar discriminaciones injustificadas entre persona y, (ii) debe ser un criterio proporcional a los fines para los cuales se establece.*

*Así las cosas, en los casos en los cuales el requisito de aptitud física para ingresar a un concurso de méritos no es proporcional ni racional, la jurisprudencia ha sostenido que existe una presunción de discriminación a favor del actor, por lo tanto la entidad accionada deberá demostrar que la decisión de exclusión del aspirante, está justificada en la relación de necesidad que existe entre la aptitud física y el desarrollo de las funciones propias del cargo.”*

* 1. **Caso Concreto**

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela para el caso que ocupa la atención de la Sala, debe decirse que la Corte Constitucional ha permitido la intervención del Juez Constitucional en los cursos-concursos para proveer cargos públicos en aquellos casos en los cuales se excluye del proceso de selección al aspirante por haber sido calificado como “no apto”, como ocurre en el presente asunto.

Así las cosas, enmarcando los hechos y razones aducidos por Wilsón Laverde Soto, en el supuesto excepcional de procedencia de la acción, se dará respuesta al problema jurídico planteando, partiendo de los postulados de la Corte Constitucional reseñados con antelación, en los que se indica que para que sea viable la exigencia de determinada condición física en las convocatorias para proveer cargos públicos, los mismos deben responder a criterios suficientes de razonabilidad y proporcionalidad, debidamente justificados en las funciones a desarrollar por el aspirante, en caso de obtener el cargo.

Previo a las demás consideraciones, debe decirse que al revisar la Resolución No. 002769 del 21 de agosto de 2014 del Director general del INPEC, la cual ordenó adoptar el Profesiograma y Perfil Profesiográfico para los empleos de Inspector e Inspector Jefe, de acuerdo a los Anexos No. 1, 2, 3 y 4; y el documento de inhabilidades médicas versión 2 para los empleos de Inspector e Inspector Jefe en el Anexo No. 5, encontramos que dentro del anexo No. 5, en las Inhabilidades por Patologías del Sistema Endocrino, se incluye la obesidad en las páginas 674 a 676, indicándose la inhabilidad ocupacional para los cargos de dragoneante, inspector, inspector jefe, distinguido, comando CRI y comando CORES, y se justifica dicha inhabilidad, en lo siguiente:

*“El tipo de entrenamiento físico y la función a desarrollar se ve limitada toda vez que la obesidad dificulta la realización de algunas tareas ya que genera fatiga y está asociada a mayor riesgo cardiovascular que puede generar sincopes y/o estar asociados a otras patologías consideradas como criterio de inhabilidad. Es también un factor de riesgo de problemas musculoesqueléticos y de osteoartritis.”*

Así, pariendo de lo anterior, revisada la historia clínica del señor Wilsón Laverde Soto allegada por la CNSC (folios 41 a 62) que coincide con la aportada doblemente por la ESAP en medio digital, anexa a los folio 86 y 96, se encuentra que el actor fue debidamente atendido por profesionales de la salud, de los cuales se presume su idoneidad y conocimientos científicos, así como la veracidad de lo allí consignado, al soportar los galenos sus observaciones y diagnósticos en su respectiva firma, la especialidad a la que pertenecen y el registro médico correspondiente, por lo que al hallarse a folio 42 en el acápite de diagnóstico emitido por el profesional de la salud perteneciente a la Sociedad Interdisciplinaria para la Salud S.A.-Centro de Medicina Diagnostica SIPLAS, la observación *“1. Obesidad grado I con perímetro abdominal de 99 cm. 2. Psoriasis cutánea sin compromiso articular. 3. Pop de varicocelectomía sin complicaciones. 4. Hiperglicemia”,* se acoge a cabalidad el diagnostico, el cual en ningún caso fue negado por el actor.

De esta manera, teniendo que efectivamente el actor presenta tales padecimientos, debe considerarse la validez de la calificación de no apto por obesidad e hiperglicemia, plasmada en el mismo folio 42. Para el efecto, se parte por decir que se encuentra competencia en la entidad que emitió tal calificación, por cuanto la actuación tuvo lugar a la luz del contrato No. 165 de 2012 (fls. 68 a 84) suscrito entre la CNSC y la ESAP, ultima que al aplicar las pruebas del proceso de selección, contando con la potestad de subcontratar con otra entidad para que realizará la prueba psicofísica, contrató con la Sociedad Interdisciplinaria para la Salud S.A.-Centro de Medicina Diagnostica SIPLAS para efectuar la valoración. Asimismo en la Guía de Orientación para la Presentación de la Prueba Psicofísica-Aspirantes a Inspector e Inspector Jefe, publicada en agosto de 2015 en el portal web de la CSNC, para la convocatoria No. 322 DE 2014, en la página 4 se establece:

*“(…) Los exámenes médicos para la Convocatoria No. 322 de 2014, serán realizados por la Sociedad Interdisciplinaria para la Salud S.A - Centro de Medicina Diagnostica SIPLAS y su red de prestadores de servicios, como entidad contratada por la ESAP para tal fin.*

*En este sentido, es importante aclarar que el único resultado aceptado en el proceso de selección es el emitido por la Sociedad Interdisciplinaria para la Salud S.A - Centro de Medicina Diagnostica SIPLAS, de conformidad con el parágrafo primero del artículo 38 del Acuerdo No. 526 de 2014; en ningún caso se aceptaran exámenes practicados en otras IPS, EPS o Centros de Medicina Diagnostica, a no ser que sean ordenados como exámenes complementarios dentro del concurso por SIPLAS S.A. (…)”*

Justamente, siendo la entidad competente la que efectúo la calificación, se tiene que la misma debía responder a los criterios del parágrafo primero del artículo 38 del acuerdo 526 de 2014, que remite a la Resolución No. 002769 del 21 de agosto de 2014, previamente citada, y que en su tenor literal indica:

*“(…) El aspirante que cumpla con todas las condiciones médicas laborales según la Resolución No. 002769 del 21 de agosto de 2014, por la cual se adopta el profesiograma para el empleo de Inspector e Inspector Jefe, será valorado como APTO.*

*Será valorado como NO APTO el aspirante que presente alguna alteración médica, que no le permita cumplir con el perfil profesiográfico establecido por el INPEC para el empleo al cual se inscribió en la Convocatoria para ascender; razón por la cual será excluido del proceso de selección (…).”*

Así pues, comprobada que la inhabilidad alegada como causal de la calificación de no apto del actor, se encuentra plasmada en la normatividad que se estipuló para limitar la convocatoria objeto del pronunciamiento, debe verificarse si la exigencia física que se desprende de la misma, esto es tener un Índice de Masa Corporal menor a 30, resulta constitucionalmente valida de acuerdo a los postulados del tribunal de cierre de la jurisdicción constitucional, los cuales se traducen en que el requisito debe guardar relación con la labor a desempeñar, ser razonable, proporcional y haber sido previamente publicitados.

La publicidad previa de las inhabilidades médicas y los requisitos que deben cumplir los aspirantes a inspector dentro de la convocatoria 322 de 2014, se encuentran plasmados en la normatividad citada con antelación, los cuales fueron consultados por el Despacho directamente del portal web de la CNSC, encontrando la anotación de haber sido exportados a la web el 25 Septiembre 2014, por lo que al haber iniciado el concurso el 2 de octubre del mismo año, fecha en la que inician las inscripciones, se encuentra cumplido el requisito de publicidad, que permitiera a todos los interesados enterarse previamente de las exigencias que debían cumplir y los procedimientos a seguir.

En cuanto a la razonabilidad, proporcionalidad y relación con las labores a desempeñar de la inhabilidad por obesidad para el cargo de inspector, es pertinente considerar el Anexo No. 1, en el que está contenido el Profesiograma y Perfil Profesiográfico para el cargo de inspector, que plantea como objetivo del cargo:

*“Organizar, programar, liderar y responder por los servicios de orden, seguridad y disciplina en los Establecimientos de Reclusión, garantizar el normal desarrollo de las actividades en las dependencias del Instituto, dirigir la vigilancia penitenciaria carcelaria y trazar estrategias a nivel nacional y regional referentes a seguridad penitenciaria, administración penitenciaria y el desarrollo integral del talento humano al servicio de la Institución.”*

Igualmente, en relación con las funciones de inspector, establece el documento en cita, entre otras:

*“Realizar tareas y actividades de seguridad, custodia y vigilancia cumpliendo los servicios en garitas, pabellones, puestos de acceso y control, áreas comunes, remisiones, patrullas, detención y prisión*

*domiciliaria, actividades de los grupos especiales del Instituto, conforme a los reglamentos y procedimientos.(…)*

*Realizar ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física; participar en los entrenamientos que se programen para la defensa, orden y seguridad de los establecimientos de reclusión;(…)”*

De esta manera, considera la Sala que la inhabilidad del actor no solo se comprueba con la historia clínica, que da cuenta del examen físico a él efectuado, que dio como resultado un IMC de 31, 5, sino que la misma resulta razonable y proporcional para el cargo de inspector al que aspiraba, toda vez que por el perfil del mismo, las labores y funciones a desarrollar exigen de los servidores unas habilidades físicas que les permitan garantizar la seguridad, custodia y vigilancia de los internos en los centros de detención, así como la realización de actividades deportivas que impliquen capacidades motoras y físicas, que una persona que presente obesidad no podrá asumir sin la supervisión de los profesionales pertinentes, pues de lo contrario no solo pondría en peligro su salud, al presentar complicaciones respiratorias y cardiovasculares, sino también la seguridad de sus compañeros, internos y visitantes en los centros de reclusión donde preste el servicio, al impedirle sus condiciones físicas una respuesta inmediata a una posible contingencia que requiere más agilidad en sus reacciones.

Por supuesto que la exigencia de presentar determinada relación entre la estatura y el peso, inicialmente resulta sospechoso, al ser una característica física de la persona, siendo posible determinarse inicialmente que se presenta una marcada discriminación al excluir a un aspirante a ocupar un cargo por tener la anotación de obesidad, siempre que en la labor a desempeñar no fuera menester el desempeño de actividades físicas que aseguren óptimamente los valores y principios perseguidos con el empleo, como es el caso de las labores de oficina, no obstante al no ser este el caso del actor, la inhabilidad y la consecuente exclusión de la convocatoria, encuentran asidero en las exigencias de seguridad y vigilancia de los miembros del INPEC.

Con todo, debe decirse que dicha exclusión no genera consecuencias laborales para el accionante, pues en la misma se declara la inhabilidad para obtener el ascenso al que aspiraba por medio del concurso, pero no una descalificación para continuar con el cargo en el que viene desempeñándose desde hace 16 años, por lo que no encuentra sustento las afirmaciones del actor en cuanto a que se ha desconocido su desempeño en la institución, pues el mismo fue tenido en cuenta en la fase inicial del concurso, cuando se dio la revisión de los antecedentes que permitiera, al ser superada con éxito, el llamamiento a la prueba física, valorándose la experiencia obtenida en el INPEC y su desempeño, el cual evidentemente fue favorable al presentar el señor Wilsón Laverde Soto la prueba psicofísica objeto de controversia.

Aunado a lo anterior, cuando afirma el actor que se está descalificando para desempeñar su cargo actual, pues la misma inhabilidad por obesidad está contemplada para los dragoneantes, es necesario traer a colación que la esencia de la inhabilidad es diferente a la de incompatibilidad, pues la primera atañen a situaciones que antecedentes al cargo, mientras que la segunda es concomitante al mismo o posterior a su posesión. Así las cosas, al estarse desempeñando el actor como dragoneante, no presenta inhabilidad para el mismo, sino para el cargo al que pretende ascender, lo que a su vez, y el hecho de haber estado habilitado al momento de ingresar al empleo público, puede explicarse teniendo en cuenta que hace 16 años cuando el señor Wilsón Laverde Soto inició su carrera en el INPEC pudo no haber presentado un IMC mayor al requerido, esto al demostrarse científica y medicamente que con el pasar de los años, las personas son proclives a ganar peso, por lo que las condiciones físicas de un individuo muy joven, no suelen ser las mismas que de alguien que se encuentra en la media edad.

En consecuencia, debe negarse el amparo deprecado por Wilsón Laverde Soto, toda vez que su exclusión respondió a la normatividad aplicable a la convocatoria 322 de 2014, ni tampoco se presentó irregularidad o vulneración alguna en su calificación, pues la misma se fundamenta razonablemente en las funciones a desempeñar y el perfil del cargo, con asidero en las reales condiciones del actor, siguiendo los criterios científicos previamente establecidos y conocidos por los aspirantes al efectuar la inscripción.

Corolario de lo anterior, **la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, en nombre del Pueblo y por autoridad de la Constitución

#### RESUELVE

**PRIMERO: NEGAR** el amparo deprecado por **Wilson Laverde Soto.**

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** esta decisión por el medio más eficaz.

**TERCERO:** Si no se impugnase,remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, conforme al artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y Cúmplase

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CESAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA**

**Secretaria**

1. Sentencia T-798 de 2013, Magistrado Ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo [↑](#footnote-ref-1)