

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., once (11) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación No. 190012333000201300040-01

Tutelante: Hans Bernardo Vallejo Rodriguez

Tutelado: Comisión Nacional del Servicio Civil

Tutela - Fallo de segunda instancia

Procede la Sala a resolver la impugnación que ejerce el señor Hans Bernardo Vallejo Rodríguez contra la sentencia de 5 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

I. ANTECEDENTES

1. La petición

Con escrito de 22 de enero de 2013, radicado en la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial de Popayán (fls. 1 – 12), el señor Hans Bernardo Vallejo Rodríguez, actuando en nombre propio, instauró tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil, a fin de que se protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la igualdad, al trabajo, y *“al acceso y ejercicio a cargos públicos”*.

Considera vulnerados los derechos fundamentales mencionados por parte de la entidad tutelada, al haber sido excluido del concurso de



méritos abierto con ocasión de la Convocatoria No. 132 de 2012 por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil, en adelante CNSC, habida cuenta del examen médico que lo declaró “no apto” por padecer de la inhabilidad “*trastorno de la conducción eléctrica (ectopias)*”.

Por lo tanto, pretende que se ordene a la CNSC: (i) inaplicar el litera h) del artículo 10 del Acuerdo No. 168 de 21 de febrero de 2012¹, proferido por dicha entidad, y en consecuencia lo readmita nuevamente en el concurso de méritos; y, (ii) dar validez a los exámenes médicos anexos a la presente tutela, o en su defecto, que autorice a la Unión Temporal INPEC para que le realice una nueva prueba, a fin de desvirtuar el concepto médico que lo declaró “no apto” y le permita continuar en el proceso de selección para el cargo de dragoneante.

2. Hechos

La petición de amparo, la fundamenta el tutelante en los siguientes supuestos fácticos, los cuales se sintetizan por la Sala así:

- En virtud de la Convocatoria No. 132 de 2012 de la Comisión Nacional del Servicio Civil se presentó al concurso de méritos para el cargo Dragoneante Código 4114 Grado 11 del INPEC.
- Durante el desarrollo del concurso superó la prueba psicotécnica y la de personalidad, y en el examen médico fue calificado como “NO APTO” por presentar la inhabilidad denominada en el profesiograma adoptado por el INPEC para el empleo de dragoneante “*Trastorno de la conducción eléctrica (ectopias)*”.

¹ **Artículo 10. Causales de exclusión de la convocatoria:** Son causales de exclusión de la convocatoria las siguientes

(...)

h) Ser calificado NO APTO en la valoración médica realizada.



- Con ocasión del resultado anterior fue excluido del concurso de méritos, decisión que fue publicada el 3 de diciembre de 2012 en la página web de la CNSC.
- El 5 de diciembre de 2012 presentó reclamación ante la CNSC, en la cual solicitó se reconsidera la decisión de excluirlo del concurso.
- Que la anterior reclamación fue resuelta por la Unión Temporal INPEC, contratada por la CNSC para realizar la valoración médica, y la cual ratificó la exclusión del concurso.

3. Trámite e intervención de la entidad tutelada

Con auto de 25 de enero de 2013 (fls. 90 – 91), el Tribunal Administrativo del Cauca, admitió la tutela, y ordenó comunicar la decisión en calidad de entidades tuteladas a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC.

Surtidas las respectivas comunicaciones, el INPEC contestó la tutela fuera de término, razón por la cual no fue tomada en cuenta su respuesta. Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil, a través de su asesor jurídico, con escrito de 4 de febrero de 2013, ejerció su derecho de defensa en los siguientes términos:

Hizo referencia al artículo 6° del Decreto No. 2591 de 1991 y señaló que la presente solicitud de amparo es improcedente porque el tutelante tiene otro mecanismo de defensa judicial para controvertir la legalidad del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012 que reguló la Convocatoria 132 y la Resolución No. 00305 de la misma anualidad.



Señaló que los concursantes tenían conocimiento de los requisitos para acceder al cargo aspirado y de la realización del examen médico, para determinar su ingreso, siempre y cuando no se encontraran incursos en alguna de las inhabilidades establecidas en el profesiograma que determinó el INPEC, mediante Resolución No. 000305 de 2012.

Precisó que *“el resultado obtenido en el segundo examen que de manera particular se practicó no puede ser tenido en cuenta, toda vez que el único examen válido dentro de la Convocatoria, no era otro que aquel realizado por la entidad encargada para el efecto, como es la Unión Temporal del INPEC. En ese sentido, procedente resulta señalar (...) que el examen médico realizado a los aspirantes fue adelantado de conformidad con los protocolos médicos establecidos, atendiendo al profesiograma fijado por el INPEC en la Resolución 00305 de 2012, siendo que el mismo de conformidad con las normas que regularon el proceso de selección se estableció por única vez por lo que no resulta procedente la admisión de segundas valoraciones, menos aún cuando estas se adelantaron, como en el caso de marras fuera de los procedimientos señalados y etapas previstas en el marco de la Convocatoria 132 de 2012”* (fl.120).

Explicó que la inhabilidad *“trastornos de la conducción eléctrica cardiaca”* hace referencia a un impulso eléctrico originado en la aurícula hasta el ventrículo.

Indicó que las pretensiones de la solicitud de amparo atentan contra las reglas de la convocatoria y los derechos fundamentales a la igualdad y al debido proceso administrativo de aquellos aspirantes que sí cumplieron con los parámetros establecidos en el concurso de méritos.

4. Sentencia de primera instancia.



El Tribunal Administrativo del Cauca, con sentencia de 5 de febrero de 2013, resolvió:

“PRIMERO.- NO TUTELAR los derechos a la defensa, al debido proceso, al acceso y ejercicio de cargos públicos de conformidad con las consideraciones de esta providencia.

(...)” (fl. 157).

En síntesis expuso las siguientes consideraciones:

Precisó que los aspirantes una vez inscritos al concurso, aceptan la reglamentación que los regula.

Señaló que según el electrocardiograma, el tutelante presenta un problema cardiaco el cual se encuentra contemplado como inhabilidad dentro de las normas que regulan la Convocatoria, lo cual trajo como consecuencia su calificación como NO APTO y la exclusión del proceso de selección.

Manifestó que la decisión de excluir al tutelante del proceso de selección se hizo con fundamento en el resultado de un examen médico en el cual se indica que presenta un problema cardiaco.

Indicó que de la respuesta a la reclamación efectuada por el señor Vallejo Rodríguez *“se colige que la entidad se ciñó a las normas de la convocatoria dentro del proceso de selección, respetándole el debido proceso. Es por ello que el Juez de tutela no puede variar las reglas preestablecidas para todos los participantes y ordenar la inaplicación del artículo 10 concretamente su literal h del Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012, en quebranto del derecho a la igualdad y debido proceso de los otros concursantes, máxime cuando en la oportunidad de reclamación no allegó por ninguna vía una prueba que desvirtuara el diagnóstico inicial”* (fl. 156).



5. La impugnación.

Con escrito de 12 de febrero de 2012 (fls. 181 – 188), el señor Hans Bernardo Vallejo Rodríguez, impugnó la sentencia de 5 de febrero de la misma anualidad, en razón a que consideró que la CNSC no tuvo en cuenta: (i) las pruebas aportadas a la tutela, y además, compartió el argumento de la entidad tutelada referente a que el único examen médico válido es el realizado por la entidad contrata por la CNSC para tal fin, para el caso la Unión Temporal INPEC; y, (ii) los fallos de tutela anexos a la solicitud de amparo, en los cuales se amparó los derechos fundamentales de los tutelantes que se encontraban en una situación idéntica a la suya.

6. Del trámite en segunda instancia

Encontrándose el expediente para fallo, se advirtió que dentro del proceso de la referencia no se vinculó a la Unión Temporal INPEC, quien tiene interés directo en la presente tutela, por ser la que realizó los exámenes médicos para ingresar a la fase “curso” dentro del concurso – curso abierto de méritos de la Comisión Nacional del Servicio Civil para proveer el cargo Dragoneante, Código 4114, Grado 11 del INPEC.

A partir de lo anterior, con auto de 19 de abril de 2013 (fls. 197 - 198), se ordenó la vinculación de la Unión Temporal INPEC.

El 21 de mayo de 2013 al ingresar nuevamente el expediente para fallo se advirtió que la Secretaría General de esta Corporación no dio cumplimiento a lo ordenado en la providencia anterior, razón por la cual se dictó el 5 de junio del año en curso “*auto que ordena dar cumplimiento*”. (fls. 242 – 243). Así las cosas, surtida la respectiva notificación la Unión Temporal INPEC guardó silencio.



II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Panorama general de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la tutela como un mecanismo judicial encaminado a la protección de los derechos fundamentales cuando éstos se amenacen o se vulneren por la acción o por la omisión de la autoridad pública o por particulares en algunos casos especiales.

Este instrumento de defensa se caracteriza por su trámite preferente, su residualidad y su subsidiariedad, a la luz del precepto superior que la consagra y del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que la reglamenta, lo que permite advertir que el ejercicio de la tutela no es absoluto, está limitado por las causales de improcedencia allí contenidas, entre otros motivos, relativas a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para garantizar la protección del derecho que se alega amenazado o vulnerado.

Esta causal de improcedencia tiene una salvedad: cuando la solicitud de amparo se eleva a título de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y las circunstancias en que éste se funda se ponen de presente y se acreditan al menos sumariamente.

Que la tutela proceda excepcionalmente en estos casos, aplica cuando el tutelante cuenta con la posibilidad de acudir a otro mecanismo de defensa judicial - por cuanto aún no ha caducado el término establecido para instaurar el proceso judicial ordinario -, y necesita la protección, con carácter inmediato, para impedir la configuración de un perjuicio irremediable, mientras por parte del juez natural se resuelve el proceso ordinario.

2. Del caso concreto



A partir de la solicitud de amparo, lo resuelto por el Tribunal Administrativo del Cauca frente a ésta, y lo alegado por el tutelante en el escrito de impugnación, la Sala estudiará la procedencia de la tutela respecto de los actos proferidos en desarrollo de concursos de méritos, y posteriormente, si hay lugar a ello, determinará si se debe confirmar o revocar el fallo del *a quo* a la luz de las normas que regulan el proceso de selección para el cargo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11 del INPEC.

2.1 De la procedencia de la tutela en los concursos de méritos

Frente a la procedencia de la tutela respecto a los actos proferidos en los concursos de méritos, se estima conveniente señalar, que en principio y en atención a lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 6° del decreto 2591 de 1991, la tutela sería improcedente, pues la censura del tutelante va dirigida a controvertir la decisión de la Comisión Nacional del Servicio Civil de excluirlo del concurso de méritos para el cargo Dragoneante Código 4114, Grado 11 del INPEC, porque de acuerdo con el examen médico realizado por la Unión Temporal INPEC no es apto por padecer de la inhabilidad “*trastorno de la conducción eléctrica (ectopias)*”.

No obstante lo anterior, la Sala con fundamento en la sentencia de la Corte Constitucional T - 388 de 1998, ha sostenido que la tutela procede para proteger los derechos fundamentales vulnerados con ocasión de los concursos de méritos adelantados para proveer empleos públicos, porque las acciones contenciosas no son eficaces para protegerlos de manera rápida y urgente, como sí lo es esta acción constitucional².

² Ver sentencia de 6 de agosto de 2008, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, radicado No. 05001-23-31-000-2008-00760-01, M.P. María Nohemí Hernández Pinzón.



Del mismo modo, ha precisado que la tutela procede, incluso de manera definitiva, siempre y cuando no se hubiere configurado la lista definitiva que reconozca derechos subjetivos de los allí inscritos³.

Como en el asunto en estudio a la fecha existe lista de elegibles solo para 500 cargos quedando pendiente proferir la misma para 218 vacantes, según consulta realizada en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la solicitud de amparo es procedente como mecanismo eficaz e idóneo para proteger los derechos del tutelante, siempre que se advierta que fueron vulnerados con la actuación de la entidad tutelada.

2.2. De la decisión del Tribunal frente a las normas que reglamentan el concurso de méritos para el cargo Dragoneante, Código 4114, Grado 11 del INPEC y la Jurisprudencia de la Corte Constitucional

En sentencia de primera instancia el Tribunal Administrativo del Cauca, negó el amparo a los derechos fundamentales del señor Hans Bernardo Vallejo Rodríguez.

A partir de la decisión anterior, es necesario analizar las normas del concurso con el fin de determinar si se presentó o no vulneración de los derechos fundamentales a la defensa, al debido proceso y al “*ejercicio de cargos públicos*” del tutelante:

Mediante Acuerdo No. 168 del 21 de febrero de 2012, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso – curso abierto de méritos para proveer 718 vacantes del empleo de Dragoneante,

³ Ver sentencia de 7 de noviembre de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Radicado No. 2007-0635, M.P. Susana Buitrago Valencia.



Código 4114, Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que se identifica como Convocatoria No. 132 de 2012.

En dicho acuerdo, se estableció el perfil del cargo, los requisitos que debe reunir el aspirante, las causales de exclusión del concurso y los demás aspectos que regulan tanto la fase del concurso como la del curso respecto del empleo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11 del INPEC.

Es importante precisar que el proceso para proveer las vacantes para el cargo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11 del INPEC, se realiza en dos fases, una primera de “concurso”, en el cual el aspirante debe superar pruebas de aptitud, personalidad y el examen médico, y una segunda de “*curso de formación y complementación para varones*”.

Para acceder a la segunda etapa del proceso de selección denominada “*curso*”, el acto administrativo en cita establece como requisito que el candidato sea declarado apto en el examen médico, so pena de ser excluido del mismo⁴. Tal examen es realizado por la entidad contratada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para tal fin, conforme a los parámetros establecidos por el INPEC en la Resolución No. 305 de 2012 “*Por la cual se adopta el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para el empleo de Dragoneante del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC*”.

En el asunto bajo estudio el señor Hans Bernardo Vallejo Rodríguez superó en la primera fase “**concurso**” las pruebas de aptitud y de personalidad pero fue declarado “*no apto*” en el examen médico por

⁴ **Artículo 38. Importancia y efectos del resultado del examen médico:**

(...)

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.



parte de la Unión Temporal INPEC, entidad contratada por la Comisión Nacional del Servicio Civil para realizar dicha evaluación, por presentar “*trastorno de la conducción eléctrica (ectopias)*”, la cual según la Resolución 305 de 2012 constituye una inhabilidad⁵.

De acuerdo con el profesiograma quien presenta dicha inhabilidad “*trastorno de la conducción eléctrica (ectopias)*”, corre los siguientes riesgos: (i) baja presión arterial y por consiguiente, mareos y desmayos; (ii) formación de trombos en el corazón; (iii) transporte sanguíneo insuficiente al corazón; (iv) embolismo; (v) accidente cerebrovascular; (vi) insuficiencia cardíaca; y (vi) muerte súbita.

A partir de lo anterior, es claro que la convocatoria 132 de 2012 consagró como causal de exclusión ser declarado “NO APTO” en el examen médico por presentar alguna alteración médica como lo es el “*trastorno de la conducción eléctrica (ectopias)*”, la cual fue puesta previamente en conocimiento por parte de la CNSC a quienes se inscribieron en el concurso para el cargo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11 del INPEC, de tal manera, que no puede ahora desconocerse por parte del señor Hans Bernardo Vallejo Rodríguez, con el argumento de que presenta un estado de salud aceptable.

Ahora bien, es cierto que el electrocardiograma que allegó el tutelante al expediente indicó que se encuentra dentro de los “*límites normales*”, sin embargo, el mismo no puede ser tenido en cuenta, porque el examen que se exigió y se practicó para ingresar al curso de Dragoneante del INPEC se sometió al protocolo que adoptó el

⁵ Respecto de las inhabilidades el Acuerdo 168 de 2012 dispone:

“**Artículo 13. Inhabilidades:** Adicional a las dispuestas en la Constitución y en la Ley, a los servidores del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, se les aplica las contempladas en el artículo 20 del Decreto 407 de 1994 así:

(...)

c) (...) quienes padezcan cualquier afección física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño del cargo, no podrán prestar sus servicios en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciario y Carcelario Nacional”.



INPEC, por lo tanto el mismo es mas riguroso y especializado que el que realizó el Centro Cardio Especialidades de Popayán.

Así las cosas, se concluye que la decisión de excluir al tutelante del concurso de méritos por haber sido calificado como “NO APTO” en el examen médico, obedece a la observancia de las reglas que rigen el concurso y por lo tanto, no vulnera los derechos fundamentales del tutelante.

Con fundamento en lo anterior, la Sala confirmara la sentencia de 5 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

- 1. Confirmar** la sentencia de 5 de febrero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
- 2.** Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia (artículo 32, inciso 2°, del Decreto 2591 de 1991).
- 3.** Cópiese, notifíquese a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y cúmplase.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente



L. JEANNETTE BERMÚDEZ B.

ALBERTO YEPES BARREIRO

