Sentencia T-114/22

DERECHO A LA SALUD, IGUALDAD Y ACCESO A CARGOS PÚBLICOS EN CONCURSO DE MÉRITOS-Vulneración por no reprogramar el examen de conocimientos a persona en circunstancias de debilidad manifiesta por razones de salud

(…) la demandante tenía derecho a un trato diferencial, pues su contagio por Covid-19 y su calidad de paciente de cáncer linfático la hacía especialmente vulnerable y la ubicaba en una posición de desventaja frente a los demás participantes que asistieron a la prueba de conocimientos.

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-No se configura el hecho superado por acatar fallos de tutela

CONCURSO DE MERITOS Y DERECHO A OCUPAR CARGOS PUBLICOS-Reiteración de jurisprudencia

(…), la carrera administrativa y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, que se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público. Dicho criterio es determinante para el acceso, permanencia y retiro del empleo público.

PROCESO DE SELECCION EN CONCURSO DE MERITOS-Razones a las que debe obedecer la suspensión/COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-Razones a las que debe obedecer suspensión de concurso de méritos en procedimiento de selección

ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA, SOCIAL Y ECOLÓGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Medidas excepcionales para garantizar el derecho a la salud

Referencia: Expediente T- 8.374.691

Acción de tutela instaurada por Angie Vanessa Vergara Baquero contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre.

Magistrada ponente:

DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de marzo de dos mil veintidós (2022)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera, quien la preside, y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto ley 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos el 23 de junio de 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y el 13 de julio de 2021 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Séptima de Decisión de la Sala Laboral, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Angie Vanessa Vergara Baquero, en nombre propio, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre.

I. ANTECEDENTES

1. La señora Angie Vanessa Vergara Baquero interpuso acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y al trabajo. Lo anterior, por cuanto programaron una prueba de conocimientos dentro del concurso de méritos en que se encontraba participando, sin tomar las medidas de salubridad suficientes y para una fecha en que el nivel de contagios por Covid-19 aún se encontraba elevado, al punto que ella misma resultó contagiada días antes de la misma.

1. Hechos1

1. Angie Vanessa Vergara Baquero, de 30 años de edad y con cáncer de tiroides desde el año 2018, ingresó a laborar en el Ejército Nacional como auxiliar administrativa en provisionalidad hace aproximadamente 9 años. Sin embargo, en el año 2018 se dio inicio al proceso de selección Nº 637 de 2018 Sector Defensa, para proveer de manera definitiva

1.774 empleos pertenecientes al Sistema Especial de Carrera Administrativa de la planta de personal del Ejército Nacional. Entre los cargos ofertados se encuentra el que ocupa actualmente la accionante.

1. El 23 de abril de 2019 la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) y el Ejército Nacional definieron las reglas del concurso mediante Acuerdo 20191000002506 del 23 de abril de 2019.2 Empero, en el marco de la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada por el Gobierno Nacional a raíz de la pandemia Covid-19, se expidió el Decreto Reglamentario 491 de 20203 en el cual se dispuso el aplazamiento de las etapas de reclutamiento o de aplicación de pruebas en los procesos de selección.

1. Posteriormente, el artículo 2 del Decreto 1754 de 20204 reanudó los procesos de selección y, en particular, las etapas de reclutamiento y realización de pruebas, "garantizando la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 de 2020 y en las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen." Por ese motivo, la CNSC continuó con el proceso de selección Nº 637 de 2018 y el 03 de junio de 2021 citó a prueba escrita presencial a los participantes para el día 13 del mismo mes y año.

1. La accionante manifiesta que debido a su comorbilidad "cáncer" el Ejército Nacional le ha permitido laborar en casa con el propósito de limitar su exposición pública y el contacto con terceros. Asegura que, por el contrario, la CNSC y la Universidad Libre no valoraron su condición médica. A su juicio, estas últimas desconocieron el problema de salud global que se presenta por cuenta de la pandemia Covid-19. Lo anterior, porque citaron a cerca de 8.000 personas a una prueba escrita presencial "en pleno tercer pico", en un momento de baja disponibilidad de unidades de cuidados intensivos y con un creciente número de personas fallecidas a causa de la pandemia.

1. Señaló que la presentación de pruebas presenciales desarrollado por las accionadas presenta múltiples falencias y desatiende recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, ya que propicia aglomeraciones; no exige carné de vacunación para ingresar al lugar de la prueba; adopta medidas de salubridad que no son eficaces, como la toma de temperatura a los participantes; obliga a las personas a permanecer en el sitio durante más de seis horas; y no exime la asistencia de personas con enfermedades graves o comorbilidades.

1. En criterio de la accionante, la prueba escrita presencial solo se puede realizar una vez la mayor parte de la población colombiana cuente con un esquema completo de vacunación. Menciona que al momento de presentación de la acción de tutela su EPS no la había agendado para vacunación y que el ritmo de esta era muy lento, pues no se había finalizado la inmunización del personal de salud y de las personas mayores de 80 años.

1. Asevera que el día 2 de junio de 2021 recibió diagnóstico positivo para "nuevo coronavirus Sars-Cov-2" y que padece fatiga, dificultad para respirar, presión en el pecho, tos y dolor de cabeza. Esa circunstancia le impide asistir a la prueba de conocimientos, pues pondría en riesgo su salud y la de los demás participantes. Indica que a pesar de lo expuesto, los funcionarios de la CNSC "me han dejado muy claro que no hay reprogramaciones y que las personas que no puedan asistir [a la prueba escrita presencial] perderán su empleo y la posibilidad de sostenerlo (sic)."

2. Acción de tutela instaurada

1. Atendiendo a lo expuesto, el 09 de junio de 2021 la señora Angie Vanessa Vergara Baquero presentó acción de tutela contra la Comisión Nacional del Servicio Civil (en adelante CNSC) y la Universidad Libre. En síntesis, pidió la tutela de sus derechos fundamentales a la vida, a la salud y al trabajo y, en consecuencia, que se ordenara a las accionadas (i) suspender la prueba de conocimientos programada para el 13 de junio de 2021; y (ii)

suspender el proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa- y especialmente las pruebas presenciales, hasta tanto se garantizaran condiciones de salubridad adecuadas para los participantes y al menos el 70% de la población se encontrara con esquema completo de vacunación.

3. Admisión trámite y respuestas

1. Mediante Auto del 10 de junio de 2021, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda de tutela, dispuso su comunicación a las accionadas y vinculó al trámite al Ejército Nacional. Durante el trámite de primera instancia se recibieron las respuestas de la CNSC, la Universidad Libre y el Ejército Nacional.

3.1. Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil

1. El 15 de junio de 2021 la CNSC dio respuesta a la acción de tutela. Manifestó que la accionante no contaba con derechos de carrera y su vinculación al Ejército Nacional era provisional. Indicó que el 22 de diciembre de 2020 el Ministerio de Justicia dispuso la reactivación de los procesos de selección. Señaló que el 13 de junio de 2021 se realizaron las pruebas escritas en el proceso de selección en que participaba la accionante, las cuales se efectuaron siguiendo los protocolos de bioseguridad expedidos por el Ministerio de Salud. Sostuvo que el aplazamiento o repetición de las pruebas habría implicado la violación del derecho a la igualdad de los demás participantes y tendría un costo fiscal elevado, pues la logística para ese día ya había sido contratada.

3.2. Respuesta de la Universidad Libre

1. Por su parte, la Universidad Libre adujó que se presentaba un hecho superado, ya que la aplicación de la prueba escrita de conocimientos se llevó a cabo el 13 de junio de 2021, cumpliendo las medidas de protección dispuestas en las resoluciones Nº 666 de 2020 y Nº 777 de 2021 del Ministerio de Salud. Mencionó que en sesión del 13 de enero de 2021 el

CNSC determinó que las contingencias relacionadas con contagios o síntomas de Covid-19 de los participantes serían abordados con una perspectiva semejante a la consagrada para cualquier otra enfermedad y, en ese sentido, no era procedente citar a la accionante en una fecha distinta a la señalada para los demás.

3.3. Respuesta del Ejército Nacional

1. El Ejército Nacional indicó que no había vulnerado derecho alguno de la demandante, pues la responsable de la organización y desarrollo del proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa- era la CNSC. Expresó que carecía de legitimación en la causa por pasiva y por ello pidió su desvinculación del trámite constitucional.

4. Los fallos objeto de revisión

4.1. Sentencia de primera instancia

1. Mediante sentencia del 23 de junio de 2021 el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá concedió la tutela de los derechos fundamentales de la solicitante. Precisó que la CNSC había actuado de forma arbitraria y discriminatoria al no haber tomado las medidas necesarias para permitir que las personas contagiadas con Covid-19 pudieran presentar la prueba de conocimientos un día distinto, luego de pasar su enfermedad. En consecuencia, ordenó a las accionadas que en el término de los 15 días siguientes a la notificación del fallo realizaran las gestiones correspondientes para permitir que la accionante presentara la prueba escrita del proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa- de manera presencial o virtual.

4.2. Impugnación

4.3. Sentencia de segunda instancia

1. Por medio de Sentencia del 13 de julio de 2021, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Séptima de Decisión de la Sala Laboral, confirmó el fallo impugnado. Argumentó que pese a las medidas de bioseguridad adoptadas por la CNSC, era de público conocimiento que quién se contagia con Covid-19 debe guardar una estricta cuarentena a efectos de evitar propagar el virus a los demás. Indicó que la presentación de exámenes presenciales que tuvo lugar el 13 de junio de 2021 "se programó y realizó en plena pandemia, luego, era deber de la accionada Comisión Nacional del Servicio Civil, prever otras opciones, para quienes, por su estado de salud, no podían presentar la prueba escrita de manera presencial." Por último, precisó que la orden de protección dada por la juez de primera instancia no infringía el derecho a la igualdad, ya que la accionante se encontraba en una posición diferente frente a los demás concursantes, dados sus problemas de salud y contagio.

5. Actuaciones en sede de revisión

1. El 15 de octubre de 2021 la Sala de Selección Número Diez de la Corte Constitucional6 escogió para revisión el expediente de la referencia y lo repartió al despacho de la magistrada Diana Fajardo Rivera. El criterio de selección fue: "objetivo, asunto novedoso."

1. A través de Auto del 10 de diciembre del 2021, la Corte decretó la práctica de pruebas necesarias para conocer aspectos del caso que no constaban en el expediente, con miras a proferir la sentencia correspondiente. En este sentido, (i) solicitó a la accionante información dirigida a establecer sus condiciones económicas y de salud al momento de realización de la prueba presencial de conocimientos y las actuaciones que desplegó en búsqueda de protección de sus derechos fundamentales; (ii) pidió a la Comisión Nacional del Servicio Civil que explicara las razones que tiene para negar un trato diferencial en la aplicación de exámenes presenciales para las personas con comorbilidades o que cuentan con prueba positiva para Covid-19 o que padecen síntomas de contagio del mismo; y (iii) requirió a la Universidad Libre que señalara las condiciones concretas de salubridad que dispuso en los sitios destinados para la aplicación de las pruebas de conocimientos del 13 de junio de 2021 en el proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa-.

1. La Comisión Nacional del Servicio Civil, la Universidad Libre y el Ministerio de Salud y Protección Social dieron cumplimiento a lo dispuesto por la Corte. Por su parte, la accionante guardó silencio sobre el particular.

5.1. Respuesta de la Comisión Nacional del Servicio Civil

1. Mediante escrito del 16 de diciembre del 2021, el jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CNSC informó que la decisión de no aprobar que los aspirantes del concurso de méritos aplicaran la prueba escrita en fecha diferente a la establecida, obedeció a una decisión de la Sala Plena de los comisionados y no a una arbitrariedad de la Universidad Libre. Relató que no se dio un trato diferente a la accionante, sino que, por el contrario, se protegió el derecho de la igualdad de todos los aspirantes que se inscribieron en el Proceso de Selección del Sector Defensa, tal como lo establece el Acuerdo de Convocatoria del mismo. Puntualizó que la planeación de la Convocatoria del Sector Defensa inició antes de que se presentara la crisis sanitaria ocasionada por la Pandemia del Covid-19.

1. Recordó que la primera fase de vacunación inició en febrero del año 2021 con el personal de salud y la población mayor de 80 años. Por esta razón, para el día de aplicación de la prueba escrita de conocimientos, es decir, 13 de junio del año 2021, aun el sistema de salud estaba en la tercera fase de vacunación para personas que tenían enfermedades de base o contaban con más de 50 años de edad y no era obligatorio presentar carné de vacunación, por lo que la CNSC y la Universidad Libre actuaron bajo el entendido de hacer cumplir los protocolos de bioseguridad y no de vacunación.

1. Señaló que la Universidad Libre, en su condición de operador del proceso de selección, siguió los protocolos de seguridad al momento de realizar el examen. Indicó que dicha institución contó a nivel nacional con 86 instituciones para la aplicación de las pruebas de conocimientos y se citaron 29.593 aspirantes. Explicó que los salones tuvieron un aforo de

entre 10 y 30 personas, con un distanciamiento físico de dos metros entre ellas, y se dispuso que las puertas y ventanas debían mantenerse abiertas para permitir la ventilación natural. Los participantes no permanecieron durante mucho tiempo en los salones, ya que el tiempo total de la prueba para el nivel asistencial y técnico fue de 2 horas. Así mismo, indicó que respecto de los aspirantes con comorbilidades se adoptaron “medidas especiales” y, en ese sentido, destacó que estas personas debían “extremar” las medidas de precaución antes señaladas.

1. Igualmente, informó que en acatamiento de la sentencia de amparo de instancia, reprogramó para el día 16 de agosto de 2021 la presentación de la prueba de conocimientos de la accionante, la cual se llevó a cabo en una de las sedes de la Universidad Libre en la ciudad de Bogotá, cumpliendo todos los protocolos de seguridad. El 29 de noviembre del mismo año se publicó la lista de elegibles del concurso de méritos del empleo en que la accionante participó. Adjuntó la Resolución 14913 del 25 de noviembre de 2021 de la CNSC7, en la cual se advierte que la accionante es la única persona que ingresó a la lista de elegibles y que, por lo tanto, se ubicó en la posición número uno (1) al haber obtenido un puntaje clasificatorio de 75.50 unidades. Indicó que la competencia de la CNSC finalizó con la adopción, conformación y firmeza de la lista de elegibles.

1. Posteriormente, mediante escrito del 25 de enero de 2022 la entidad amplió su respuesta al Auto de pruebas del 10 de diciembre de 2021. Reiteró que la entidad otorga el mismo tratamiento a todas las personas que solicitan el aplazamiento de las pruebas presenciales. De este modo, les informa que las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito no pueden afectar el proceso de selección en la medida que controvierte el interés general y afecta el normal desarrollo del concurso en atención a los cronogramas establecidos para su ejecución. Aduce que lo contrario implicaría postergar de manera indefinida el proceso de selección, lo cual perjudicaría a los aspirantes que se presentan en las condiciones y fechas fijadas para la aplicación de las pruebas. Señala que nunca ha accedido a las solicitudes de aplazamiento o reprogramación de las pruebas por cuestiones de salud de los aspirantes.8 Sostiene que estos conocen las reglas del concurso de antemano y las aceptan al momento

de la inscripción. Puntualiza que todos los aspirantes están sujetos a las mismas reglas del concurso, las cuales bajo ninguna circunstancia prevén aplazamiento o reprogramación de pruebas escritas para una persona o grupo de personas en específico.

1. En cuanto al costo fiscal de la prueba practicada a la accionante en cumplimiento de la sentencia de tutela de instancia, informa que el monto de la citación y de la realización del examen se valoran teniendo en cuenta la duración de la prueba, el alquiler del sitio con la infraestructura adecuada, el personal para el efecto (un jefe salón y un delegado), la vigilancia durante la aplicación de la prueba, la lectura óptica y calificación de la prueba, el transporte en condiciones de seguridad al lugar dispuesto por el operador, la recepción y contestación de reclamaciones, los protocolos de bioseguridad y la plataforma tecnológica de citación a la prueba. No obstante, precisó que tales costos no fueron cuantificados de manera individual para el caso de la prueba de la accionante, en vista de que fueron cargados al rubro de imprevistos.

1. Finalmente, precisó que a la fecha no se ha presentado ningún evento de contagio por Covid-19 reportado a la CNSC durante el desarrollo de las referidas pruebas escritas.

5.2. Respuesta de la Universidad Libre

1. Por medio de apoderado especial, el 16 de diciembre de 2021 la Universidad Libre presentó un escrito en el cual reprodujo los mismos planteamientos señalados por la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) en su intervención ante la Corte (supra, 20 a 23), sin añadir ningún otro aspecto.

5.3. Respuesta del Ministerio de Salud y Protección Social

1. A través de escrito del escrito del 11 de enero del 2022 la apoderada del ministerio dio

cumplimiento al requerimiento de la Corte. Sostuvo que desde el 2 de junio de 2021 se encuentra en vigor la Resolución 777 de 2021 “[p]or medio de la cual se definen los criterios y condiciones para el desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado y se adopta el protocolo de bioseguridad para la ejecución de estas”. Transcribió los artículos 1 a 8 de la resolución y señaló que estas disposiciones deben ser observadas en el desarrollo de actividades del Estado y de los diferentes sectores económicos y sociales para mitigar el riesgo de transmisión del virus Covid-19.

1. En relación con el estado de la pandemia durante el año 2021 en Bogotá, sostuvo que la ciudad presentó un tercer pico epidémico para Covid-19 entre los meses de abril y agosto, siendo este de mayor magnitud con respecto a los dos anteriores, presentados desde el año 2020. Aseguró que al 17 de diciembre de 2021, se presentaron en la ciudad 1.467.855 casos confirmados de Covid-19, con una tasa de incidencia de 18.845 por 100.000 habitantes. En cuanto a los decesos, se registraron 27.787, con una tasa de mortalidad de 356,7 muertes por cada 100.000 habitantes y una tasa de letalidad del 1,89%. En especial, durante junio de 2021, en Bogotá se presentaron 280.569 casos confirmados de Covid-19, de los cuales el 98,3% (275.881) se recuperaron, con una tasa de incidencia de 3.602 por 100.000 habitantes. Se presentaron además 4.329 muertes por Covid-19, con una tasa de mortalidad de 55,5 por cada 100.000 habitantes y una tasa de letalidad del 1,54%.

1. Aseveró que la enfermedad por Covid-19 es un evento epidémico y que de acuerdo a la evidencia científica, la transmisión se logra mitigar a través de medidas farmacológicas y no farmacológicas (medidas de bioseguridad) las cuales deben asumirse como prácticas de autocuidado. Precisó que de acuerdo con las normas vigentes hasta el mes de enero de 2022, una persona positiva para Covid-19 debía cumplir un aislamiento domiciliario de 10 días y, en caso de ser asintomático, de 14 días.

1. Afirmó que la epidemiologia del Covid-19 es variable y genera un riesgo diferencial entre la población. Atendiendo a esa circunstancia, el Plan Nacional de Vacunación estableció un

cronograma de inmunización progresiva y por etapas.9 Indicó que la Resolución 652 del 21 de mayo de 2021 dio inicio a la etapa 3 del programa de vacunación. En esta etapa se vacunó de forma gradual a los habitantes del territorio nacional que tenían un riesgo moderado de presentar un cuadro grave y de morir por Covid-19, como la población entre 50 y 59 años y las personas entre 12 y 59 años que presentaban alguna de las comorbilidades definidas en la resolución; a los cuidadores de población de especial protección y a los miembros de la Fuerza Pública. Precisó que para el 13 de junio de 2021 se encontraba abierta esta etapa de vacunación y que las personas que presentaban diagnóstico por tumores malignos de la glándula tiroides y de otras glándulas endocrinas se encontraban priorizadas.

1. Las pruebas recibidas en revisión en virtud del Auto de pruebas del 10 de diciembre de 2021 fueron puestas en conocimiento de las partes y los terceros con interés por el término de tres días. Durante ese plazo la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) remitió nuevamente la documentación enviada en primera oportunidad. A su vez, la Caja de Compensación Familiar Compensar informó que no tenía relación alguna con la solicitante. Finalmente, la EPS Compensar, la accionante, el Ejército Nacional y los demás terceros con interés no realizaron pronunciamiento alguno.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

1. La Sala Primera de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de instancia, de conformidad con la Constitución y las normas reglamentarias;10 y, en virtud del Auto del 15 de octubre de 2021, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez, que escogió el expediente de la referencia.11

2. Delimitación del asunto objeto de revisión y formulación del problema jurídico

1. De los antecedentes relatados se desprende que si bien la acción de tutela formulada por la señora Angie Vanessa Vergara Baquero en principio buscaba la suspensión general del proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa- en que participaba, la misma en realidad estuvo motivada por el contagio de Covid-19 que sufrió días antes de la prueba escrita de conocimientos programada para el día 13 de junio de 2021 y por la ausencia de determinaciones de la CNSC que permitieran su reprogramación. De este modo, de los hechos de la demanda se desprende que su propósito principal consistió en buscar una alternativa que le permitiera realizar la prueba de conocimientos en un momento posterior a su contagio y recuperación. Lo anterior, porque debido a esta enfermedad se encontraba en imposibilidad de asistir al examen.

1. Así lo entendieron también los jueces de instancia que concedieron el amparo y, en consecuencia, ordenaron la reprogramación del examen de conocimientos de la solicitante. Esto, al estimar que no obstante las medidas de bioseguridad adoptadas por la CNSC, el contagio por Covid-19 impedía que la accionante acudiera a la prueba de conocimientos dispuesta para el 13 de junio de 2021. A su juicio, esta situación la ubicaba en una posición diferente frente a los demás concursantes y demandaba un trato especial que garantizara su derecho a participar en el concurso de méritos para el cual se inscribió.

1. Por su parte, la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre estiman que el amparo debe ser revocado, ya que la orden dictada por los jueces de instancia le otorgó a la accionante un privilegio injustificado que quebranta el derecho a la igualdad de oportunidades que orienta el concurso de méritos organizado por estas instituciones. En especial, teniendo en cuenta que al momento de la inscripción todos los aspirantes se comprometieron a cumplir las reglas del concurso en igualdad de condiciones, y porque el examen de conocimientos se desarrolló sin contratiempos y siguiendo los protocolos de bioseguridad expedidos por el Ministerio de Salud.

1. Bajo tal marco, la Sala Primera de Revisión encuentra que el debate constitucional

propuesto en esta oportunidad se circunscribe al examen de la presunta vulneración de los derechos a la salud, a la igualdad y al acceso y ejercicio de cargos públicos de la accionante, por la imposibilidad de reprogramar el examen de conocimientos del concurso de méritos en que participaba ante la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC). Con estas precisiones, analizará, en primer lugar, si la solicitud de amparo cumple los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones proferidas en el marco de un concurso de méritos.

1. De superarse tal estudio, resolverá el siguiente problema jurídico: ¿Una autoridad encargada de programar y realizar un examen de conocimientos presencial dentro de un concurso de méritos para proveer un empleo de carrera administrativa vulnera los derechos a la salud, a la igualdad y al acceso y ejercicio de cargos públicos de una persona con cáncer, al no otorgar la posibilidad de reprogramar el examen de aptitudes cuando esta resulta contagiada por un virus causante de una pandemia días antes de la realización del mismo, el cual puede además empeorar su situación de salud y sus posibilidades de recuperación?

1. Para resolverlo, la Sala se referirá (i) al concurso de méritos y el derecho a ocupar cargos públicos, y a la (ii) realización de concursos de méritos en el marco de la pandemia de Covid-19, para, a continuación, (iii) resolver el caso concreto.

1. Sin embargo, como cuestión preliminar la Sala determinará si en el presente caso se materializa la figura de la carencia actual de objeto por hecho superado o hecho sobreviniente, pues durante el trámite de revisión la Corte tuvo conocimiento de que la accionante presentó el examen de aptitud cuya falta de reprogramación motivó la formulación de la acción de tutela, y que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles del referido concurso de méritos.

3. Cuestión previa. En el presente asunto no se configura carencia actual de objeto

1. La Corte encuentra que no se configura una carencia actual de objeto por hecho superado, ya que la realización de la prueba de conocimientos por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil no se dio de manera voluntaria, sino que fue producto del cumplimiento de las órdenes de amparo dictadas por los jueces de tutela de instancia (supra, 23). Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que para la materialización de la carencia actual de objeto por esta causal es indispensable "que la entidad demandada haya actuado (o cesado en su accionar) a motu propio, es decir, voluntariamente"12, circunstancia que no se presentó en este caso pues incluso en sede de revisión la accionada se opuso a la prosperidad de la acción de tutela (supra, 20 a 24).

1. Tampoco se configura carencia actual de objeto por hecho sobreviniente, ya que durante el trámite de revisión la accionante no realizó manifestación alguna que permita inferir su pérdida de interés en la petición de amparo. Por el contrario, según se indicó, la satisfacción de la pretensión de la solicitante fue consecuencia del cumplimiento de las órdenes de tutela de instancia y no de la propia voluntad de la accionada o del hecho de un tercero.13 Por ese motivo, el asunto guarda actualidad en tanto una eventual revocatoria de los fallos de tutela instancia dejaría sin sustento jurídico la reprogramación de la prueba de conocimientos y, consiguientemente, los resultados de esta y la inclusión de la accionante en la lista de elegibles de la vacante para la que participó.

1. Por las anteriores razones, es necesario un pronunciamiento de la Corte en relación con el cumplimiento de los requisitos de procedibilidad y procedencia de la acción de tutela en el presente caso.

4. La acción de tutela formulada por Angie Vanessa Vergara Baquero contra la Comisión Nacional del Servicio Civil es procedente como mecanismo definitivo

1. Legitimación por activa y pasiva. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 86 superior,

toda persona tiene derecho a interponer acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre.14 Igualmente, el artículo 10 del Decreto 2591 de 199115 establece que la referida acción constitucional “podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.” Por su parte, de conformidad con el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991,16 “[l]a acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos de que trata el artículo 2 de esta ley.”

1. En el presente asunto la legitimación por activa se satisface por cuanto la protección constitucional es solicitada directamente por la persona que considera lesionados sus derechos fundamentales. De este modo, la señora Angie Vanessa Vergara Baquero, actuando en nombre propio, invoca el amparo de sus derechos a la salud, a la igualdad y acceso y ejercicio de cargos públicos.

1. A su turno, la legitimación por pasiva se acredita, toda vez que la acción de tutela se interpone contra la autoridad pública que habría incurrido en la vulneración constitucional alegada. En ese sentido, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la responsable de la organización y desarrollo del proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa- y la encargada de definir la posibilidad de suspensión o reprogramación de la prueba escrita de conocimientos fijada para el 13 de junio de 2021, a la cual fue citada la accionante como participante del referido concurso (supra, 3, 4, 13 y 20).17

1. Por el contrario, la Sala advierte que frente a la Universidad Libre y el Ejército Nacional no se satisface el requisito de legitimación en la causa por pasiva, ya que estas entidades no tienen competencia para decidir sobre una posible reprogramación de la prueba de conocimientos pedido por la accionante. La primera, porque tan solo se encarga de planear y ejecutar la logística de aplicación de los exámenes; y la segunda, porque en su calidad de nominador únicamente tiene la función de disponer el respectivo nombramiento, conforme a

la lista de elegibles dispuesta por la CNSC.

1. Inmediatez. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Este exige que el amparo sea interpuesto de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho a presentar una acción constitucional “en todo momento” y el deber de respetar su configuración como un medio de protección “inmediata” de las garantías básicas. Es decir que, pese a no contar con un término preestablecido para efectuar la presentación, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

1. Para verificar el cumplimiento del principio de inmediatez, el juez debe constatar si el tiempo trascurrido entre la supuesta violación o amenaza y la interposición del amparo es razonable. De no serlo, debe analizar si existe una razón válida que justifique la inactividad del accionante, pues es inconstitucional pretender darle un término de caducidad a la acción, o rechazarla únicamente con fundamento en el paso del tiempo.18

1. En el caso concreto, luego de la reanudación del proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa-, el 3 de junio de 2021 la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) citó a prueba escrita presencial a los participantes para el día 13 del mismo mes y año. A su vez, la accionante conoció su diagnóstico de Covid-19 el día 2 de junio de 2021 y, ante la persistencia de sus síntomas, presentó la acción de tutela el 9 de junio siguiente. De este modo, entre la fecha en que la CNSC divulgó la citación a examen y el momento de presentación de la acción de tutela transcurrieron 6 días; a su vez, entre el instante en que la solicitante tuvo certeza de su contagio y la fecha de formulación de la petición de amparo pasaron 7 días. En criterio de la Sala, este término resulta razonable y proporcionado para cumplir con el requisito de inmediatez, pues la circunstancia que motivó la solicitud de protección constitucional fue concomitante con el momento en que esta se pidió.

1. Subsidiariedad. De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un instrumento judicial de protección de los derechos fundamentales de las personas cuando estos se vean amenazados o vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública o excepcionalmente de un particular. Se tramita mediante un procedimiento preferente y sumario y se caracteriza por ser subsidiaria y residual, lo cual implica que será procedente cuando (i) no exista un mecanismo de defensa judicial o (ii) de existir, no resulta eficaz o idóneo en virtud de las circunstancias del caso concreto, como las condiciones personales de vulnerabilidad del afectado, o (iii) se promueva como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

1. En este último evento, el juez debe valorar el perjuicio teniendo en cuenta que sea (a) cierto e inminente, esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos que están ocurriendo o están próximos a ocurrir; (b) grave, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que se lesionaría material o moralmente en un grado relevante, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado; y (c) de urgente atención, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consuma un daño antijurídico en forma irreparable.19

1. En el presente caso, la acción de tutela objeto de revisión satisface el requisito de subsidiariedad, pues la accionante no pretende en estricto sentido la suspensión general del proceso de selección sino la reprogramación de la prueba de conocimientos debido a que en días previos a esta se contagió con Covid-19 y para la fecha de presentación de la solicitud de amparo todavía padecía los síntomas de esta enfermedad. Por esta razón, no se encontraba obligada a acudir al medio de control de nulidad previsto en el Código Contencioso Administrativo a pedir la suspensión del acto administrativo que reguló el proceso de selección.20

1. Bajo tal perspectiva, la acción de tutela objeto de revisión cumple el requisito de subsidiariedad como mecanismo principal y definitivo de protección, por las siguientes razones. En primer lugar, la accionante no se encontraba obligada a acudir al medio de control de nulidad previsto en el Código Contencioso Administrativo a pedir la suspensión del acto administrativo que reguló el proceso de selección, puesto que no pretendía en estricto sentido la suspensión general del concurso de méritos sino la reprogramación de la prueba de conocimientos debido a que en días previos a su realización se contagió con Covid-19.

1. En segundo lugar, en la demanda de tutela la accionante señaló que en varias oportunidades se comunicó con funcionarios de la CNSC para plantear sus preocupaciones, pero estos le habrían "dejado muy claro que no hay reprogramaciones y que las personas que no puedan asistir [a la prueba escrita presencial] perderán su empleo y la posibilidad de sostenerlo (sic)." Esta afirmación relativa a la imposibilidad de reprogramaciones del examen no fue desvirtuada por la CNSC y, por el contrario, en sus diferentes intervenciones en el trámite constitucional ratificó que las solicitudes individuales de aplazamiento de la prueba por circunstancias asociadas a la salud de los participantes han sido negadas rotundamente.

1. En estas condiciones, la Sala concluye que la solicitante no contaba con un medio de defensa judicial ordinario para buscar la fijación de una nueva fecha de aplicación de la prueba de conocimientos dentro del proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa- en el que participaba. En particular, la Corte destaca que no era exigible a la accionante agotar un trámite administrativo formal previamente a acudir a la acción de tutela, pues entre el momento de confirmación de su contagio el 2 de junio de 2021 y la inminencia del examen programado para el 13 de junio de 2021 no había tiempo suficiente para finalizar el mismo.

1. En conclusión, dado que la acción de tutela resulta procedente en el caso bajo revisión, ahora la Sala estudiará el fondo del asunto.

5. El concurso de méritos y el derecho a ocupar cargos públicos. Reiteración de jurisprudencia21

1. El artículo 40, numeral 7°, de la Constitución señala que “todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: (…) 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los cuales ha de aplicarse.”

1. Entonces, de la existencia de este derecho (acceder al desempeño de funciones y cargos públicos) no puede derivarse que el ejercicio de funciones públicas está libre de toda exigencia y requisito para quien es llamado a ocupar los cargos de mayor responsabilidad22. Por el contrario, el buen éxito en la administración pública y la satisfacción del bien común dependen de una adecuada preparación y de la idoneidad profesional, moral y técnica de las personas en las que se confía el compromiso de alcanzar las metas trazadas por la Constitución. Ello se expresa no solo en el señalamiento previo y general de la forma como se accederá al desempeño del cargo, sino también en la previsión de las calidades y requisitos que debe reunir la persona en quien recaiga la designación.

1. En línea con lo anterior, el artículo 125 de la Constitución establece que “los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera” y que tanto el ingreso como el ascenso a los mismos “(…) se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.” En este sentido, la carrera administrativa basada en el concurso de méritos es el mecanismo general y preferente de acceso al servicio público, por medio del cual se garantiza la selección de servidores públicos cuyas capacidades, experiencia, conocimiento y dedicación permitan atender las finalidades del Estado Social de Derecho.

1. En este sentido, este Tribunal ha sostenido que la carrera y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, en cuanto garantiza que los concursantes participen en igualdad de condiciones y los cargos públicos sean ocupados por los mejor calificados23. Además, permite eliminar la discrecionalidad del nominador y evitar que imperen criterios arbitrarios y subjetivos en la selección de los aspirantes. En esa medida, dicho procedimiento asegura que la administración pública esté conformada por personas aptas desde los puntos de vista de capacitación profesional e idoneidad moral, lo cual contribuye a la satisfacción del interés general y el bien común.

1. De igual manera, el ingreso a los cargos públicos a través del concurso de méritos, busca el pleno desarrollo de los principios que orientan la función administrativa, así como la igualdad, eficacia, y eficiencia en el desarrollo de las funciones públicas. A su vez, garantiza los derechos de los trabajadores, entre ellos, el de igualdad de oportunidades y estabilidad en el empleo.24

1. Asimismo, la Corte ha dicho que la regla general, según la cual los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, cumple propósitos importantes que guardan una estrecha relación con los valores, fundamentos y principios que inspiran el Estado Social de Derecho.

1. Específicamente, esta Corporación dijo que la carrera administrativa le permite "(…) al Estado contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garantizan cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública. Ello conduce a la instauración de la carrera administrativa como sistema propicio a la obtención de eficiencia y eficacia y, por tanto, como técnica al servicio de los fines primordiales del Estado Social de Derecho. Los fines propios de la carrera resultan

estropeados cuando el ordenamiento jurídico que la estructura pierde de vista el mérito como criterio de selección y sostén del empleo (…).”25

1. En conclusión, la carrera administrativa y el concurso de méritos son un sistema técnico de administración de personal y un mecanismo de promoción de los principios de igualdad e imparcialidad, que se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público. Dicho criterio es determinante para el acceso, permanencia y retiro del empleo público.

6. La suspensión y reanudación de los concursos de méritos en el marco de la pandemia de Covid-19

1. El 7 de enero de 2020, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS) identificó el nuevo coronavirus Covid-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública internacional26. En Colombia, el 6 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de la enfermedad por el coronavirus Covid-19. El 9 de marzo de 2020, la OMS solicitó a los países la adopción de medidas con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus. Ante el avance inusitado del contagio, el 11 de marzo de 2020 la OMS declaró al virus Covid-19 como una pandemia global, por lo que instó a los países a tomar acciones urgentes para la identificación, aislamiento y monitoreo de las personas con posibles contagios y el tratamiento de los casos confirmados.27

1. Mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 202028, el Ministro de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria por causa del nuevo coronavirus Covid-19 en todo el territorio nacional y adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar su propagación. La misma ha sido prorrogada por las resoluciones 844, 1462, 2230 de 2020, y 222, 738, 1315 y 1913 de 2021. Esta última amplió la emergencia sanitaria hasta el 28 de febrero de 2022.29

1. No obstante, ante la insuficiencia de las medidas ordinarias y la sobreviniencia e imprevisibilidad de la situación originada por la pandemia, el Presidente de la República, declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional mediante el Decreto 417 de 2020, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afectaba al país por causa del coronavirus Covid-19. Posteriormente, a través del Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 el Gobierno nacional declaró un segundo estado de emergencia económica, social y ecológica con el objeto de responder a las graves dificultades económicas derivadas de la pandemia.

1. En el marco del Decreto 417 de 2020, el Gobierno nacional expidió el Decreto legislativo 491 de 2020 "Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica."30 Entre otras determinaciones, el artículo 14 aplazó los procesos de selección en curso hasta tanto permaneciera vigente la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Lo anterior, con el propósito de garantizar la participación en los concursos sin discriminación de ninguna índole, evitar el contacto entre las personas y propiciar el distanciamiento social.

1. La Sentencia C-242 de 202031 declaró la exequibilidad del artículo 14 del Decreto legislativo 491 de 2020. Al revisar la constitucionalidad de la disposición, la Corte señaló que la suspensión de los procesos de selección afectaba en principio el derecho a ocupar cargos públicos y los principios de mérito como criterio de acceso al empleo público y de celeridad, pues impedía que los concursos fueran adelantados en los plazos establecidos en las convocatorias respectivas.

1. No obstante, encontró que esa afectación respetaba el principio de proporcionalidad, ya que la medida era (i) legítima, en tanto buscaba que las restricciones sanitarias no

impidieran que ciertas personas pudieran participar en los concursos de méritos en desarrollo, y evitaba que se realizaran pruebas masivas que derivaran en escenarios de contagio; (ii) adecuada, por cuanto el aplazamiento temporal de los concursos permitía que las personas que no se encontraban en posibilidad material de participar en los procesos de selección por su edad, condiciones de salud, posibilidades de acceso a medios tecnológicos u obligación de atender las medidas sanitarias no vieran afectadas sus aspiraciones legítimas de ingresar al empleo público; y (iii) necesaria, toda vez que la suspensión de los concursos era la única acción razonable para asegurar que, sin importar el impacto de las medidas adoptadas para mitigar el riesgo contagio de Covid-19 "que han implicado, por ejemplo, para algunas personas la imposibilidad de salir de sus residencias o de regresar del exterior", se presenten casos de negación de la oportunidad de acceder al empleo público.

1. Posteriormente, mediante Decreto reglamentario 1754 de 202032 el Presidente de la República dispuso la reactivación de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas de los procesos de selección. En ese sentido, determinó a partir de la publicación del referido decreto las entidades o instancias responsables de adelantar los procesos de selección para proveer los empleos de carrera de los regímenes general, especial y específico, podrán adelantar las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas, garantizando la aplicación del protocolo general de bioseguridad adoptado por el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 666 de 2020 y en las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen.

1. Finalmente, cabe precisar que el Decreto 1754 de 2020 expuso que la reanudación de los procesos de selección resultaba pertinente en virtud de la progresiva disminución del contagio, la expedición por parte del Ministerio de Salud y Protección Social de un protocolo de bioseguridad adecuado para mitigar el contagio en las actividades cotidianas de la población y la necesidad de reactivar y recuperar la vida productiva del país.

7. La Comisión Nacional del Servicio Civil vulneró los derechos a la salud, a la igualdad y al acceso y ejercicio de cargos públicos de la señora Angie Vanessa Vergara Baquero

1. En el presente asunto los jueces de tutela de instancia concedieron el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Angie Vanessa Vergara Baquero accionante, ya que consideraron que no obstante las medidas de bioseguridad adoptadas por la CNSC, el contagio por Covid-19 que sufrió la accionante la obligaba a permanecer en estricta cuarentena durante el día para el que se programó la prueba de conocimientos dispuesta en el proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa- en que participaba. Indicaron que el derecho a la igualdad de los demás participantes no se veía afectado, debido a que la solicitante se encontraba en una posición diferente por cuenta de su contagio. Finalmente, destacaron que la CNSC debió valorar que la prueba se fijó para un momento de alta incidencia de transmisión del virus y que, por lo tanto, estaba en el deber de adoptar las medidas pertinentes para atender la situación de las personas que resultaran contagiadas antes de la prueba.

1. Bajo tal perspectiva, la Sala Primera de Revisión de tutelas confirmará las sentencias de instancia, pero por las razones que exponen a continuación.

1. En primer lugar, la accionante se encontraba en imposibilidad de asistir a la prueba de conocimientos dispuesta para el 13 de junio de 2021 por la CNSC. De acuerdo con el informe rendido por el Ministerio de Salud y Protección Social en sede de revisión, las recomendaciones sanitarias vigentes para la fecha de realización del referido examen imponían un aislamiento domiciliario de 10 días desde el inicio de la sintomatología para las personas sintomáticas para Covid-19 y, en caso de ser asintomáticos, de 14 días.

1. De este modo, de conformidad con el informe individual de resultados de laboratorio aportado por la EPS Compensar ante el juez de tutela de primera instancia, la accionante se practicó el examen para detectar el virus de Covid-19 el 29 de mayo de 2021. Cuatro días después, es decir, el 2 de junio del mismo año, fue informada del resultado positivo de la

prueba. En ese sentido, entre el 29 de mayo, día en que la sintomatología llevó a la accionante a practicarse la prueba, y el 13 de junio de 2021 habían transcurrido 16 días. Por esta razón, en principio la solicitante no tendría impedimento legal para asistir a la prueba de conocimiento del proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa- organizado por la CNSC.

1. No obstante, la Sala advierte que la información aportada por el Ministerio de Salud y Protección Social no es precisa. Por una parte, remite a los lineamientos para el manejo del aislamiento domiciliario frente a la introducción del Sars-Cov-2 a Colombia del 16 de marzo de 2020 y vigente a enero de 2022, según informó esa cartera. Sin embargo, revisado su contenido no se aprecia la recomendación señalada por el ministerio a esta corporación. Por el contrario, frente a las acciones de aislamiento domiciliario la misma indica que "[l]a persona debe informar a la secretaria de salud municipal, distrital o departamental que iniciará su fase de aislamiento preventivo por 14 días, en su lugar de permanencia (casa, hotel, hostal u hospedaje)",33 sin distinguir entre personas sintomáticas o asintomáticas.

1. Ahora bien, revisados los documentos técnicos de Covid-19 alojados en el portal web del Ministerio, la Corte observa que los lineamientos para el manejo clínico de pacientes con infección por nuevo coronavirus del 1º de julio de 2020 sostienen que en relación con un contagio leve se debe observar "[a]islamiento domiciliario supervisado mínimo por 10 días a partir del inicio de síntomas." Empero, a reglón seguido aclara que después de este tiempo se puede dar el "[r]eintegro social y laboral siempre y cuando se cumplan 3 días con ausencia de síntomas."34

1. En armonía con lo anterior, la Resolución 777 de 2021 "Por medio de la cual se definen los criterios y condiciones para el desarrollo de las actividades económicas, sociales y del Estado y se adopta el protocolo de bioseguridad para la ejecución de estas" del Ministerio de Salud y Protección Social, vigente para la fecha de presentación del examen de conocimientos (supra, 12 y 28), señaló que en el sector laboral "[e]l aislamiento de los empleados que sean

sospechosos se hará desde el comienzo de síntomas, o desde que sean identificados como contactos estrechos hasta tener una prueba negativa, a menos que por criterio médico o de la autoridad sanitaria se considere necesario prolongar el aislamiento.”

1. Conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que para el 9 de junio de 2021 la accionante manifestó que aún padecía fatiga, dificultad para respirar, presión en el pecho, tos y dolor de cabeza (supra, 8 y 9). Por este motivo, su asistencia a la prueba de conocimientos del día 13 del mismo mes y año aún no era posible por disposición del mencionado lineamiento en tanto debía permanecer al menos tres días más en aislamiento y porque la desaparición de estos síntomas no es inmediata sino progresiva. En especial, la Sala advierte que las personas con cáncer tienen una mayor probabilidad de padecer enfermedad grave por Covid-19 y, por lo tanto, de tener una recuperación más lenta o prolongada dado su carácter de pacientes inmunodeprimidos.35 En todo caso, la Corte considera que la inasistencia de la accionante a la prueba se encuentra en armonía con el artículo 49 de la Constitución, el cual postula que “[t]oda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad.”

1. En segundo lugar, la enfermedad por Covid-19 no puede ser asimilada a una enfermedad común, como lo sostiene la CNSC. En efecto, a diferencia de las enfermedades comunes el Covid-19 es un virus con una alta capacidad de contagio y con la aptitud suficiente para causar una pandemia. De acuerdo con el lineamiento para el manejo clínico de pacientes con infección por nuevo coronavirus del Ministerio de Salud, el Covid-19 es una enfermedad respiratoria aguda causada por un nuevo coronavirus humano, llamado SARSCoV-2/Covid-19, que causa una mayor mortalidad en personas mayores de 60 años y con afecciones médicas subyacentes como enfermedad pulmonar crónica o asma de moderada a grave, enfermedades cardiovasculares, sistema inmunitario deprimido (pacientes con tratamiento contra el cáncer, control inadecuado de VIH o SIDA, tabaquismo, trasplante de órgano o médula espinal, deficiencias inmunitarias, y el uso prolongado de corticosteroides y otros medicamentos que debilitan el sistema inmunitario), obesidad y diabetes.36

1. Por ese motivo, la preocupación expresada por la accionante en relación con la fecha para la cual se programó su prueba de conocimientos en la ciudad de Bogotá resulta razonable, pues la CNSC no tuvo en cuenta que durante el mes de junio de 2021 se presentó uno de los cuatro picos pandémicos que ha vivido la ciudad. Según el Ministerio de Salud y Protección Social, en ese periodo se registraron 280.569 casos confirmados de Covid-19 en Bogotá, con una tasa de incidencia de 3.602 por 100.000 habitantes. Se presentaron además 4.329 muertes por Covid-19, con una tasa de mortalidad de 55,5 por cada 100.000 habitantes (supra, 29).

Fuente: salud data, Bogotá37

1. Igualmente, en ese lapso se registró la más alta ocupación de camas de unidades de cuidados intensivos (UCI) en la ciudad durante la pandemia. Según cifras del observatorio de salud del distrito, para el 14 de junio de 2021 existían en Bogotá 2.723 camas UCI (línea roja), de las cuales 2.613 se encontraban ocupadas (línea gris).

Fuente: salud data, Bogotá38

1. Pese a lo expuesto, el 3 de junio de 2021 la CNSC determinó que el 13 de junio del mismo año se convocarían 29.593 participantes en el país para aplicar las pruebas de conocimientos dentro del proceso de selección Nº 637 de 2018 -sector defensa-. Si bien la entidad tomó importantes medidas de bioseguridad para mitigar el riesgo de contagio durante el examen, como por ejemplo la directriz de contar con un aforo de entre 10 y 30 personas, un distanciamiento físico de dos metros entre ellas, y la disposición de que las puertas y ventanas debían mantenerse abiertas para permitir la ventilación natural, lo cierto es que para ese fecha era probable que previo a la prueba se presentaran contagios entre los participantes debido a que la ciudad atravesaba su tercer pico de la pandemia. No obstante, la CNSC no adoptó medidas encaminadas a facilitar la reprogramación de los exámenes frente a las personas que no pudieran asistir a la misma por cuenta de la enfermedad de

Covid-19. Lo anterior, no obstante lo previsible que resultaba la posibilidad de contagios entre los concursantes y al deber de dicha entidad de asegurar el principio de igualdad de oportunidades entre los participantes, lo cual incluía garantizar el acceso a las pruebas de conocimientos a las personas con comorbilidades o especialmente vulnerables al virus.

1. En tercer lugar, el trato diferencial otorgado por los jueces de tutela de instancia no infringe el derecho a la igualdad de oportunidades. En el presente asunto la accionante es una persona de 30 años de edad y con diagnóstico de cáncer linfático. Esa condición la hacía altamente vulnerable al virus y, por lo tanto, para la fecha de la prueba de conocimientos resultaba razonable que guardara reposo en su residencia no solo para evitar contagiar a otros como manifestó en su demanda de tutela, sino para cuidar de su propia salud.

1. Contrario a lo señalado por la CNSC, el derecho a la igualdad de oportunidades que guía el proceso de selección no se quebranta en el presente asunto con la orden de amparo dispuesta por los jueces de instancia, pues debido al contagio por Covid-19 y a su condición médica la accionante no se encontraba en igualdad de condiciones frente a los demás participantes y, por tal motivo, merecía un trato diferencial que salvaguarda su posibilidad de competir por el empleo para el cual se inscribió.

1. En armonía con lo expuesto, en otras ocasiones la Corte ha ordenado la reprogramación de las pruebas de conocimientos dentro de un concurso de méritos frente a personas que de acuerdo con la Constitución son titulares de un trato especial. En ese sentido, la Sentencia T-049 de 201939 encontró que la CNSC vulneró los derechos a la igualdad y a la libertad religiosa y de cultos al programar la realización del examen de conocimientos de un concurso de méritos para el día sábado, sin tomar en consideración que dentro del grupo de aspirantes podrían encontrarse miembros de la Iglesia Adventista del Séptimo para quienes el Sabbath hace parte del núcleo esencial de sus creencias.

1. Por ese motivo, concedió la tutela de los referidos derechos frente a un miembro de dicha iglesia que había participado en el proceso de selección y, en consecuencia, dejó sin efectos la lista de elegibles conformada en esa oportunidad y ordenó a la CNSC la reprogramación de la prueba para un día que no interfiriera con las creencias del solicitante. Así mismo, exhortó a dicha entidad para que en lo sucesivo realizara las actuaciones administrativas necesarias en los procesos de inscripción de las convocatorias que adelantara, para indagar a los aspirantes y determinar si son integrantes de alguna comunidad religiosa y si pueden asistir a las pruebas de los concursos de méritos en cualquier día sin que se interrumpan sus prácticas religiosas, de manera que se prevean y se establezcan mecanismos para garantizar el derecho a la libertad religiosa de los inscritos y se asegurara la participación de todas las personas en los procesos de selección en igualdad de oportunidades frente a los diferentes cargos públicos ofertados.

1. Sin embargo, en el presente asunto las determinaciones antes señaladas no son necesarias, pues con ocasión de la orden de tutela de instancia la accionante pudo realizar su prueba de conocimientos una vez se recuperó del contagio por Covid-19 y es la única integrante de la lista de elegibles del empleo por el que participó. La confirmación del amparo de instancia no implica que los demás participantes que contrajeron el virus durante ese periodo tengan necesariamente derecho a la repetición de su prueba de conocimientos, pues su situación puede ser distinta y en todo caso debe analizarse conforme a las particularidades de cada asunto y la situación en vigor de la pandemia. En este caso en particular, la Sala destaca que la accionante acudió oportunamente a la acción de tutela, esto es, antes del día de la prueba de conocimientos, no asistió a aquella debido a su enfermedad por Covid-19 y padece un cáncer linfático que la ubica en la condición de personas especialmente vulnerables frente al virus.

8. Síntesis de la decisión

1. En el presente asunto la Sala Primera de Revisión confirmó las sentencias de instancia que ampararon los derechos a la salud, igualdad y acceso y ejercicio de cargos público de la señora Angie Vanessa Vergara Baquero. Lo anterior, al encontrar que la CNSC incurrió en la

infracción alegada, por cuanto no le otorgó a la solicitante la posibilidad de reprogramar la fecha de realización de su prueba de conocimientos, pese a que esta se contagió con Covid-19 pocos días antes del examen y que contaba con un diagnóstico de cáncer que la hacía vulnerable al virus.

1. En especial, la Sala destacó que la accionante se encontraba en imposibilidad de asistir a la prueba de conocimientos dispuesta para el 13 de junio de 2021, pues su presencia en la misma contrariaba las recomendaciones de salud pública vigentes en ese momento y ponía en riesgo la salud de la solicitante y de los demás participantes. Así mismo, resaltó que la enfermedad por Covid-19 no es asimilable a una enfermedad común, ya que a diferencia de aquella esta tienen la capacidad de generar una pandemia, como en efecto lo declaró en su momento la Organización Mundial de la Salud.

1. Así mismo, indicó que la demandante tenía derecho a un trato diferencial, pues su contagio por Covid-19 y su calidad de paciente de cáncer linfático la hacía especialmente vulnerable y la ubicaba en una posición de desventaja frente a los demás participantes que asistieron a la prueba de conocimientos. La Corte descartó la adopción de medidas adicionales a las dispuestas por los jueces de instancia, pues la orden de tutela dictada amparó en debida forma los derechos lesionados.

1. Regla de decisión. Una autoridad encargada de programar y realizar un examen de conocimientos presencial dentro de un concurso de méritos para proveer un empleo de carrera administrativa vulnera los derechos a la salud, a la igualdad y al acceso y ejercicio de cargos públicos de una persona con cáncer, al no otorgar la posibilidad de reprogramar el examen de aptitudes cuando esta resulta contagiada por un virus causante de una pandemia días antes de la realización del mismo y que aún no ha cumplido las condiciones establecidas por las autoridades sanitarias para efectos de su reintegración laboral y social.

1. No obstante, la situación de cada participante contagiado debe analizarse de acuerdo a las particularidades del caso concreto y según la situación en vigor de la pandemia. En este caso en particular, la Corte tuvo en cuenta que la solicitante acudió oportunamente a la acción de tutela, esto es, antes del día de la prueba de conocimientos; no asistió a aquella debido a su enfermedad por Covid-19 y padece un cáncer linfático que la ubica en la condición de personas especialmente vulnerables frente al virus.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR los fallos proferidos el 23 de junio de 2021 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, en primera instancia, y el 13 de julio de 2021 por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Séptima de Decisión de la Sala Laboral, en segunda instancia, dentro de la acción de tutela promovida por Angie Vanessa Vergara Baquero, en nombre propio, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil y la Universidad Libre.

Segundo. LIBRAR las comunicaciones respectivas -por medio de la Secretaría General de la Corte Constitucional- y DISPONER las notificaciones inmediatas a las partes y entidades vinculadas -a través del juzgado de primera instancia-, tal y como lo prevé el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, cúmplase y publíquese.

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Con el objeto de dar mayor claridad a este asunto, la Sala de Revisión precisará algunos de los hechos narrados por la accionante en su escrito de tutela con las pruebas obrantes en el expediente.

2 “Por el cual se establecen las reglas del primer concurso de méritos para proveer de manera definitiva los empleos vacantes de la planta de personal perteneciente al Sistema Especial de Carrera Administrativa del Ejército Nacional, proceso de selección No. 637 de 2018 – Sector Defensa”.

3 “Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplan funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”.

4 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria”.

5 Al respecto, transcribió el siguiente fragmento del Acta 001 de la sesión del 13 de enero de 2021 de la Sala Pena de Comisionados de la CNSC: “las situaciones de fuerza mayor o caso fortuito por las que pase un aspirante no pueden afectar el proceso de selección en su totalidad por el interés público que él implica en relación con el gran número de participantes, por lo tanto, si algún aspirante llegase a encontrarse en esa situación, se entiende que si no se presenta el día de la prueba escrita, implica un retiro automático de dicho proceso de selección (…). Los señores Comisionados deciden por unanimidad aprobar que las peticiones relacionadas con los contagiados del Covid-19 o con síntomas, de los

aspirantes que no puedan presentarse a las pruebas escritas y soliciten que se les aplique en una fecha distinta a la establecida, se deben responder como se responden las peticiones frente a otras situaciones de enfermedad o similares, lo cual implica un retiro automático del proceso de selección."

6 La Sala de Selección Número Diez estuvo integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar.

7 "Por la cual se conforma y adopta la Lista de Elegibles para proveer una (1) vacante definitiva del empleo denominado Auxiliar Para Apoyo de Seguridad y Defensa, Código 6-1, grado 8, identificado con el Código OPEC No. 105245, proceso de selección No. 637 de 2018 –Ejército Nacional-, del Sistema Especial de Carrera Administrativa del Sector Defensa y se declara(n) desierto(s) una (1) vacante definitiva del mismo empleo".

8 En ese sentido, insiste en que la CNSC nunca ha realizado una diferenciación respecto de las situaciones particulares alegadas por los aspirantes para solicitar el aplazamiento o reprogramación de las pruebas escritas, dado que la decisión siempre ha sido unánime, es decir, todas se han resuelto de manera negativa. Esto por cuanto se encuentra en juego el interés general y el normal desarrollo del proceso de selección.

9 Sostuvo que la priorización se realizó luego de un trabajo "minucioso, interinstitucional y multidisciplinario, en consonancia con el marco normativo subyacente del derecho fundamental a la salud en lo individual y en lo colectivo y acudiendo el gobierno nacional a la aplicación esencial de los principios orientadores de solidaridad, eficiencia, beneficencia, prevalencia del interés general, equidad, justicia social y distributiva, transparencia, progresividad, enfoque diferencial, acceso y accesibilidad e igualdad, estableciendo así, las reglas de priorización para determinar el orden en el que la población colombiana recibió la vacuna."

10 En particular los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

11 Sala conformada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y el magistrado Jorge Enrique Ibáñez Najar. Caso seleccionado por el criterio objetivo: "asunto novedoso".

12 Sentencia SU-522 de 2019. M.P. Diana Fajardo Rivera. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-021 de 2022. M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-275 de 2021. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera. SPV. Cristina Pardo Schlesinger; y T-439 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger. AV. José Fernando Reyes Cuartas.

13 Al respecto, de acuerdo con la Sentencia SU-522 de 2019 (M.P. Diana Fajardo Rivera), "la jurisprudencia ha declarado un hecho sobreviniente cuando: (i) el actor mismo es quien asume la carga que no le correspondía para superar la situación vulneradora; (ii) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada- ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental; (iii) es imposible proferir alguna orden por razones que no son atribuibles a la entidad demandada; o (iv) el actor simplemente pierde interés en el objeto original de la litis."

14 Constitución Política, artículo 86: "Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública."

15 "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

16 Ibídem.

17 En relación con la naturaleza jurídica de la Comisión Nacional del Servicio Civil, la Sentencia T-081 de 2021 M.P. Jorge Enrique Ibáñez Najar indicó que esta "es un órgano que inicialmente fue creado por la Ley 19 de 1958, luego elevado a la categoría de órgano constitucional en los términos del artículo 130 de la Constitución1 y que organizado por la Ley 909 de 2004 como una entidad autónoma en la estructura del Estado, con personería jurídica y autonomía administrativa, sin formar parte de ninguna de las ramas u organizaciones del poder público, busca la "garantía y protección del sistema de mérito en el empleo público."

18 Si bien el término para interponer la acción de tutela no puede establecerse de antemano, el juez está en la obligación de verificar cuándo no se ha interpuesto de manera

razonable para evitar que se convierta en un factor de inseguridad que lesione los derechos fundamentales de terceros o que desnaturalice la acción.

19 A propósito de lo anterior, en la Sentencia T-436 de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil), la Sala Cuarta de Revisión estableció que: “para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable. //La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo.”

20 Cabe precisar que la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela, por regla general, no procede cuando a través de su uso se pretende atacar decisiones proferidas por la Administración en el marco de un concurso de méritos, pues, el legislador estableció mecanismos especiales en uso de los cuales el juez de lo contencioso administrativo estaría llamado a conocer de esos asuntos. En ese sentido, la Sentencia T-610 de 2017. M.P. Diana Fajardo Rivera señaló que “por regla general, la acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir las decisiones administrativas adoptadas al interior de un concurso de méritos pues, en principio, quienes se vean afectados por una determinación de esta naturaleza pueden valerse de los medios de control disponibles en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la que es posible solicitar, incluso antes de la admisión de la demanda, la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.” Sin embargo, si bien en este caso la controversia se presenta en el marco de la ejecución de un concurso de méritos, la actora no busca controvertir un acto administrativo en particular, sino que se implemente un tipo de acción afirmativa por parte de la Administración para evitar una eventual afectación a sus derechos fundamentales.

21 En este acápite se reiterará la jurisprudencia contenida en la Sentencia SU-011 de 2018. M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado. AV. Alejandro Linares Cantillo. SPV.

Antonio José Lizarazo Ocampo.

22Sentencia C-483 de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

23 Sentencia SU-446 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SV. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. SV. Jorge Iván Palacio Palacio. SPV. Humberto Antonio Sierra Porto. AV. Luis Ernesto Vargas Silva.

24 Sentencia C-288 de 2014. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. SPV. Luis Ernesto Vargas Silva. AV. Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV. Jorge Iván Palacio Palacio. AV. Alberto Rojas Ríos.

25 Sentencia C-333 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa.

26 Decreto 417 de 2020.

27 Sentencia T-279 de 2021. M.P. Paola Andrea Meneses Mosquera.

28 Disponible en: Resolución 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social

30 Disponible en: Decreto 491 de 2020

31 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y Cristina Pardo Schlesinger. SPV. Carlos Bernal Pulido, Luis Guillermo Guerrero, Antonio José Lizarazo Ocampo y Gloria Stella Ortiz Delgado. SPV. Diana Fajardo Rivera. AV. Cristina Pardo Schlesinger.

32 “Por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la Emergencia Sanitaria.” Disponible en: Decreto 1754 de 2020

33 Disponible en: Lineamientos para el manejo del aislamiento domiciliario frente a la introducción del Sars-Cov-2 a Colombia. Marzo 16 de 2020.

34 Disponible en: Lineamientos para el manejo clínico de pacientes con infección por nuevo coronavirus Covid-19. Julio 1º de 2020

35 De esta manera, el Instituto Nacional de Cáncer de Estados Unidos señala que “[s]i tiene cáncer, corre mayor riesgo de tener Covid-19 grave. Hay otros factores que aumentan el riesgo de Covid-19 grave, como un sistema inmunitario debilitado, la edad avanzada y otros problemas de salud. A las personas que tienen el sistema inmunitario debilitado, a veces se las llama personas inmunodeprimidas, inmunodeficientes o inmunocomprometidas.” Disponible en: Covid-19: información para las personas con cáncer

36 Así mismo, el Centro para el Control y la Prevención de Enfermedades de Estados Unidos (CDC) ha señalado que “[l]as personas que están embarazadas o que han estado embarazadas recientemente tienen mayor riesgo de enfermarse gravemente a causa del Covid-19 en comparación con quienes no están embarazadas. || Las personas que tienen Covid-19 durante el embarazo también corren mayor riesgo de parto prematuro (es decir, dar a luz antes de las 37 semanas) y muerte fetal, y podrían correr mayor riesgo de sufrir otras complicaciones durante el embarazo.” Disponible en: Investigación del impacto del Covid-19 durante el embarazo

37 Disponible en: Salud Data Observatorio de Bogotá

38 Disponible en: Salud Data Observatorio de Bogotá

39 M.P. Cristina Pardo Schlesinger.