

Sentencia T-798/13

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA ANTE LA EXISTENCIA DE MECANISMOS DE DEFENSA JUDICIAL PERTINENTES-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Excepciones/PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD-Procedencia de la acción de tutela para evitar un perjuicio irremediable pese a existir otro medio de defensa judicial

Existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha contemplado dos excepciones que hacen procedente la acción de tutela. La primera, consiste en que el medio o recurso legal existente para obtener el amparo no sea eficaz e idóneo y, la segunda, que la tutela se invoque como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable. En cuanto a la primera excepción, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción: el medio con que cuenta el ciudadano debe ser idóneo y eficaz. Para la Corte, la idoneidad hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho. Así mismo, la eficacia tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado. Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso, estudiando aspectos tales como si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela; el tiempo que tarda en resolverse la controversia en la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite, la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una especial consideración de su situación, entre otras. En relación a la segunda situación

excepcional, ha dicho la Corte que puede acudirse a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando quien hace esta solicitud demuestra que la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado.

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

La Corte ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, el accionante demuestre que: (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que “su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas”, de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente. (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Y que se requiera de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño sería inevitable. Solo cuando concurren la totalidad de los mencionados elementos, se hace manifiesta la necesidad de desplazar el medio ordinario de defensa, y amparar los derechos fundamentales vulnerados, hasta tanto el afectado inicie la acción correspondiente y, habiéndolo hecho, esta sea resuelta de fondo por la jurisdicción respectiva.

ACCION DE TUTELA FRENTE A ACTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE CONCURSO DE MERITOS-Procedencia excepcional

PROPORCIONALIDAD Y RACIONALIDAD DE LOS REQUISITOS MEDICOS Y FISICOS EXIGIDOS PARA EL CARGO DE DRAGONEANTE DEL INPEC-Jurisprudencia constitucional

DERECHO AL DEBIDO PROCESO, TRABAJO Y ACCESO A CARGOS PUBLICOS-Vulneración por CNSC al excluir de concurso para dragoneante con fundamento en un requisito que no es necesario para el adecuado desempeño de las funciones

Se concluye que al no permitírsele al accionante, en el trámite de la reclamación efectuada, la práctica de un nuevo examen a fin de desvirtuar o confirmar la existencia de “Trastornos de la conducción eléctrica (bloqueos y hemobloqueos completos e

incompletos)” y, contrario sensu, dejar en firme la declaratoria de “No Apto”, no obstante de haberse advertido la irregularidad en el procedimiento médico, ocasionó, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, la vulneración al debido proceso y al derecho de acceder y ejercer un cargo público. En efecto, considera la Corte que no es admisible el argumento esbozado por la entidad accionada, según el cual la práctica de una nueva valoración médica atentaría contra el principio de transparencia del concurso de méritos, toda vez que para esta Sala es claro que constituye una verdadera violación a ese principio el hecho de no controvertir el resultado médico adverso, pues se le está dando un valor absoluto al análisis de un procedimiento que al parecer se realizó sin el lleno de requisitos previstos en los protocolos médicos. Por lo tanto, la Sala encuentra inaceptable que la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC se sirviera de un examen médico cuyo procedimiento se encuentra cuestionado y desvirtuado por el resultado de otro análisis, para descalificar al actor y excluirlo del concurso, pues se considera que la entidad tenía la carga de al menos repetir el examen para controvertir la prueba anexada en la reclamación. Adicionalmente, se estima que la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC al momento de declarar “No Apto” al aspirante debió, además justificar su decisión en los resultados del análisis médico, evaluar la proporcionalidad de la aptitud física del actor respecto del supuesto trastorno de la conducción eléctrica, verificando y especificando la incidencia del diagnóstico médico en el desarrollo de las funciones propias del cargo al cual aspiraba. Lo anterior, en aras de esclarecer la afectación que el diagnóstico tendría en la actividad a desarrollar, pues para este Tribunal no resultaba claro que la entidad calificara de “No Apto” al accionante quien, con anterioridad, prestó el servicio militar en dicha entidad sin ningún inconveniente o limitación que determinara un riesgo en su desempeño.

Expediente T-3.970.739

Accionante:

William Alejandro Cerón Muñoz

Demandado:

Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., doce (12) de noviembre de dos mil trece (2013)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Elías Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la revisión del fallo de tutela proferido, el 24 de abril de 2013, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que revocó el fallo proferido, el 12 de febrero de 2013, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala laboral, y negó el amparo invocado dentro del trámite de la acción constitucional de tutela promovida por el señor William Alejandro Cerón Muñoz contra la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección número Siete, por medio de Auto de 18 de julio del 2013, y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El señor William Alejandro Cerón Muñoz, mediante acción de tutela, solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al trabajo, al acceso y ejercicio de cargo públicos, los cuales considera vulnerado por la Comisión Nacional del Servicio Civil y por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, al haberlo excluido de la Convocatoria No. 132 del INPEC[1], por haber resultado “no apto” por razones de salud, para desempeñar el cargo público de “dragoneante del cuerpo de custodia y vigilancia de la penitenciaria nacional”.

2. Hechos

El accionante, de 23 años de edad, narra los hechos, en síntesis, así:

2.1. Durante los años 2010 y 2011 prestó el servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, cumpliendo con las diferentes funciones que le

fueron asignadas y en los distintos establecimientos penitenciarios en los que estuvo vinculado, logrando obtener la especialización militar en calidad de "Auxiliar del Inpec".

2.2. En el 2012 se inscribió en la Convocatoria No. 132, concurso público de méritos realizado por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, para el cargo de "Dragoneante" logrando superar las diferentes etapas del concurso como lo son: la verificación de requisitos mínimos y análisis de antecedentes; la prueba escrita de aptitudes y de personalidad; así como la entrevista psicológica.

2.3. El 13 de noviembre de 2012, fue convocado mediante orden de servicio No. 287 para la realización de los exámenes médicos en el Instituto de Diagnóstico Médico IDINE S.A. asumiendo los costos generados por la práctica de los exámenes, desplazamiento, alimentación, hospedaje y transporte público. El 3 de diciembre de 2012 le notificaron que fue calificado como "no apto" alegando como causal de inhabilidad el "trastorno de la conducción eléctrica (bloques y hembloques completos e incompletos)", razón por la cual fue excluido del proceso de selección.

2.4. Contra la anterior determinación presentó, el 5 de diciembre de la misma anualidad, una reclamación administrativa y adjuntó los resultados de una nueva valoración médica que da cuenta de que cumple con los requerimientos exigidos por el INPEC pues no se evidenció la patología que se le había diagnosticado. No obstante, la entidad accionada negó su solicitud bajo el argumento de que al momento de la inscripción en la convocatoria el actor aceptó las condiciones impuestas por la Comisión Nacional, en las que se indicó que los únicos resultados válidos serían los entregados por la Unión Temporal contratada para la práctica de los exámenes, por lo que no le era dado admitir conceptos médicos distintos del expedido durante las etapas del concurso.

2.5. Aduce el actor que el resultado de "No Apto" se concluyó después de la realización, sin las previas recomendaciones, de un procedimiento, puesto que no se le puso de presente que debía retirarse de su cuerpo todo tipo de metales que pudieran alterar los resultados médicos.

2.6. En ese orden de ideas, solicita al juez constitucional tutelar los derechos fundamentales invocados y, como consecuencia, se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Nacional Penitenciario que le permita continuar en el concurso de

la convocatoria No.132 del 2012 del INPEC y, en el evento de no acceder a dicha petición, que se ordene el reintegro de los costos en que incurrió para cumplir con los requerimientos del concurso.

3. Pretensiones

El accionante solicita que se ordene a las entidades accionadas permitirle continuar con el proceso de la convocatoria No. 132 del 2012 INPEC, para el cargo de “dragoneante del cuerpo de custodia y vigilancia de la Penitenciaría Nacional” del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, el cual inicia concurso en febrero de 2013. A su vez, solicitó como pretensión subsidiaria las devoluciones de los gastos en que incurrió para cumplir con los requerimientos de la convocatoria.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la Tarjeta Militar del señor William Alejandro Cerón Muñoz No.- 1061739786 (folio 4-cuaderno1).
- Copia de la tarjeta de Reservista de Primera Clase del INPEC, en la que se hace constar que el Auxiliar de Bachiller William Alejandro Cerón Muñoz, No.1061739786, observó excelente conducta durante su servicio militar obligatorio.
- Copia de la constancia expedida por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la que el accionante registra calificación de no apto, sustentada en la inhabilidad “trastorno de la conducción eléctrica” que aparece descrita en el profesiograma adoptado por el INPEC para el empleo de dragoneante (folio 8-cuaderno1).
- Copia del resultado del examen médico practicado al actor, el 4 de diciembre de 2012, por un cardiólogo particular en el que consta que el paciente registró “cambios ST-T en reposo en límites normales” (folio 11-cuaderno 1).
- Copia de la petición presentada por el actor ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, en la que le solicita, con fundamento en un nuevo electrocardiograma, que se le repita el que se le había practicado, argumentando que el realizado durante el concurso presentó

inconsistencias en su estado de salud que considera atribuibles a un mal procedimiento de dicho examen, toda vez que no le indicaron la necesidad de retirar los metales de su cuerpo, lo cual pudo haber afectado su resultado (folio 12- cuaderno 1).

-Copia de la respuesta dada por la Unión Temporal del INPEC a la anterior petición indicando que “El Acuerdo 168 de 2012 de la CNSC, como norma reguladora de la Convocatoria No. 132 de 2012, estableció en su artículo 7° como normas adicionales que rigen el concurso, la Resolución INPEC 000305 de 6 de febrero de 2012, por medio del cual se adoptó el profesiograma, perfil profesiográfico o inhabilidad médica para el empleo denominado Dragoneante del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC” (folio 14 y 15 – cuaderno1).

5. Oposición a la demanda

Mediante auto de 4 de febrero de 2012, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión Laboral, decidió admitir la acción de tutela y en dicho proveído notificó y corrió traslado a las entidades accionadas para que se pronunciaran, dentro del término otorgado para ello, sobre los hechos y las pretensiones.

5.1. Comisión Nacional del Servicio Civil

La entidad accionada, en su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones impetradas y solicitó que se declarara la improcedencia del mecanismo de amparo, con fundamento en los siguientes argumentos:

Indicó que la acción de tutela promovida por el accionante no constituye el mecanismo judicial procedente para controvertir actos administrativos que, en principio, gozan de presunción de legalidad, como lo son el Acuerdo 168 de 21 de febrero de 2012 que reguló la Convocatoria No. 132 de 2012 y la Resolución 00305 de 2012 del INPEC.

Bajo esa hipótesis, señaló que frente a la inconformidad expuesta por el accionante existen otros mecanismos destinados a controvertir el acto administrativo que lo dejó por fuera de la convocatoria, como son la acción de nulidad y la de nulidad con restablecimiento del derecho, razón por la cual la presente acción de tutela solo procederá cuando esos medios de defensa de agoten.

Respecto a los resultados de los exámenes médicos, indicó que en el marco del proceso de

selección se determinaron las calidades físicas exigidas a los aspirantes que hicieron parte de la Convocatoria. Bajo esos supuestos, el tutelante, en ejercicio de la autonomía de voluntad, decidió, de manera libre y espontánea, participar en el concurso de méritos de la Convocatoria No. 132 de 2012, conociendo las normas fijadas para su desarrollo y disponiéndose con ello acatarlas en su integridad.

Sostuvo que el resultado obtenido en el examen que se realizó de manera particular no puede ser tenido en cuenta, toda vez que el único examen válido dentro del concurso es el realizado por la entidad encargada para el efecto, como lo es la Unión Temporal INPEC. En virtud de lo anterior, especificó que el examen médico que le fue practicado al actor se adelantó de conformidad con los protocolos establecidos para ello y atendiendo al profisiograma fijado por la Unión Temporal INPEC en la Resolución No. 00305 de 2012, por lo que no es dado a las entidades accionadas admitir y calificar un examen médico ajeno al proceso mismo de la convocatoria.

Reiteró que el examen practicado por la Unión Temporal INPEC, tiene la finalidad de evaluar la aptitud ocupacional del aspirante para desempeñar el cargo de Dragoneante del INPEC desde el punto de vista de la ciencia médica, por lo que es necesario el estricto apego al profisiograma adoptado por el concurso.

Por último, sostuvo que el concurso de méritos es apenas una mera expectativa para el ingreso y ascenso a un cargo de carrera administrativa, por lo tanto, el simple hecho de haberse inscrito en la Convocatoria No. 132 de 2012 no hace titular del cargo a ningún aspirante, lo cual se predica del actor quien aplicó al empleo de dragoneante Código: 4114, Grado 11 en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

5.2. Unión Temporal INPEC

La representante legal de la Unión Temporal INPEC, en su escrito de contestación, se opuso a las pretensiones impetradas en la acción de tutela y solicitó que se declarara su improcedencia, con fundamento en los siguientes argumentos:

La Comisión Nacional del Servicio Civil, previo proceso de selección, suscribió el contrato estatal No. 241-2012 con la Unión Temporal INPEC para la aplicación de los exámenes médicos a los aspirantes citados, conforme a los lineamientos definidos en el Acuerdo 168

de 2012 de la CNSC y la Resolución No. 000305 de 6 de febrero de 2012 del INPEC “por la cual se establecieron las inhabilidades médicas para desempeñar el empleo de Dragoneante del INPEC y en general el profesiograma del empleo a proveer por mérito mediante la Convocatoria Pública 1312-2012”.

En cumplimiento de lo anterior, se realizó el examen al accionante cumpliendo rigurosamente los protocolos médicos establecidos en la convocatoria, obteniendo el actor como resultado la calificación de “no apto” para el cargo de Dragoneante.

En consecuencia, se procedió conforme con el artículo 41 del Acuerdo 168 de 2012, norma reguladora de la Convocatoria No. 132 de 2012, a cuyo tenor:

“Reclamaciones por los resultados de exámenes médicos: Las reclamaciones de los aspirantes por concepto de NO APTO, con ocasión de los resultados...”.

La reclamación será decidida y comunicada a través de la página web de la CNSC. Ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de examen médico no procede ningún recurso”.

El accionante presentó reclamación en debida forma y dentro del término otorgado para ello, la cual fue contestada por la Unión Temporal ratificando la decisión, toda vez que verificados los exámenes médicos practicados al aspirante se pudo constatar que no existían razones clínicas para modificar la decisión adoptada cuando fue practicado el examen.

Destacó que las pruebas médicas realizadas en el marco de la Convocatoria No. 132 de 2012, se llevaron a cabo por profesionales del área de la salud que cuentan con la debida idoneidad, experticia y competencia y adoptando los protocolos médicos necesarios para garantizar la veracidad de los dictámenes.

En ese sentido precisó, en contra lo manifestado por el accionante, que la Unión Temporal INPEC durante la etapa de reclamaciones no consideró resultados médicos de instituciones de salud diferentes. No obstante, en sede de revisión, respecto del diagnóstico emitido en primera instancia y con base en los exámenes médicos practicados en desarrollo de las obligaciones contractuales, revisó lo pertinente y confirmó la decisión inicial y el concepto

de “No Apto”.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

1. Primera Instancia

Mediante sentencia de 12 de febrero de 2013, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Laboral, concedió el amparo constitucional invocado por el actor, al considerar que las entidades accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al no practicarle un nuevo examen médico para determinar su real aptitud física. La anterior decisión la fundamentó en los siguientes argumentos:

En primer lugar, indicó que no existe discusión alguna sobre la inscripción y participación del accionante en el concurso de méritos para el cargo de “dragoneante” en la Fase I, proceso de selección, sin embargo, por no superar el requisito del examen médico, este no pudo continuar en el concurso, al ser excluido de la participación de la Fase II de la Convocatoria No. 132 de 2012.

De conformidad con los conceptos médicos antagónicos aportados al expedientes, uno emitido por la Unión Temporal INPEC y el otro por un médico particular no vinculado al concurso, el a-quo decidió, en aras de descartar cualquier posibilidad de duda que impida la permanencia del actor en el proceso de la Convocatoria No. 132 de 2012, ordenar la práctica de un nuevo examen, con intervención de un tercero neutral, que sirva de parámetro para resolver claramente sobre la aptitud del actor para aspirar al cargo de “dragoneante”.

2. Impugnación

Los representantes legales de la Unión Temporal INPEC y de la Comisión Nacional Servicio Civil, dentro del término otorgado para ello, presentaron escritos de impugnación del fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en las demandas y la improcedencia de la acción.

3. Segunda Instancia

Mediante sentencia de 24 de abril de 2013, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, revocó el fallo proferido por el juez de primera instancia y, en su lugar, negó el amparo invocado, al considerar que las entidades accionadas no vulneraron los derechos fundamentales del actor. La anterior decisión la fundamentó en los siguientes argumentos:

Consideró que las entidades accionadas actuaron dando aplicación a las normas constitucionales y legales que reglamentan la Convocatoria No. 123 de 2012 para proveer el cargo de dragoneante, sin que de ello se pueda derivarse la vulneración de los derechos fundamentales del petente y, mucho menos, el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Advirtió que el Acuerdo No. 168 de 2012, por el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó el proceso de selección para proveer por concurso el empleo de dragoneante, código 4114, grado 11, del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, estableció en los apartes pertinentes de su artículo 38 que "(...) el aspirante que cumpla con todas las condiciones médicas, físicas, psicológicas y demás que le permitan desarrollar normal y eficiente la actividad correspondiente, según el profesigramas del empleo de Dragoneante establecido por el INPEC será considerado Apto. Será calificado No Apto el aspirante que presente alguna alteración médica, según el profesigramas del empleo de Dragoneante establecido por el INPEC, razón por la cual será excluido del proceso de selección. El único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad especializada contratada previamente para tal fin por la CNSC, a través de un proceso de selección de contratista de conformidad con el estatuto de contratación vigente".

Así las cosas, recalcó que era necesario ser calificado "Apto" en la valoración médica realizada por lo que, al haber realizado la comisión el respectivo examen, mediante la entidad contratada para ello, encontrándose que el actor no cumplía con los requisitos mínimos para el perfil del cargo, resultaba procedente excluirlo del concurso, conforme con lo previsto en el artículo 10 del Acuerdo 168 de 2012.

Por otra parte, sostuvo que el hecho de que la reclamación del actor no le haya sido favorable no es razón suficiente para señalar la actuación de la Comisión Nacional del

Servicio Civil como arbitraria o caprichosa y que ello amerite la intervención del juez de tutela, mas aún cuando la decisión de la entidad accionada se fundamentó en disposiciones legales vigentes, ciñéndose a los lineamientos y requisitos que se establecieron desde el inicio de la convocatoria, los cuales fueron dados a conocer a todos los participantes de manera oportuna, cuya aplicación e interpretación solo pueden ser desvirtuadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por vía de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Aunado a lo anterior, sostuvo que la tutela no es el mecanismo indicado para establecer si le asistía o no derecho al peticionario de continuar en el proceso de la convocatoria pública, como tampoco el medio idóneo para definir lo concerniente a la devolución de los dineros pagados en el trámite del concurso.

Por último, sostuvo que tampoco se acreditó en el caso sub-examine la configuración o inminencia de un perjuicio irremediable que posibilite tramitar la petición de tutela para proteger transitoriamente a quien dice estar afectado con la decisión de la administración y que no pueda encontrar remedio a través de los medios ordinarios establecidos para el efecto.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la acción de tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas y de los particulares, en los

casos específicamente previstos por el legislador.

En el caso sub-examine, la acción de tutela fue presentada por el señor William Alejandro Cerón Muñoz, titular del derecho presuntamente vulnerado, razón por la cual se encuentra legitimado.

La Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, se encuentran legitimados como parte pasiva en el presente proceso de tutela, en la medida en que se trata de entidades públicas a las que se atribuye la vulneración de un derecho fundamental.

3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, vulneró los derechos fundamentales del accionante al excluirlo del proceso de selección de la Convocatoria No. 132 de 2012 para ocupar el cargo de dragoneante del INPEC, toda vez que, con fundamento en un examen médico aparentemente mal practicado, fue calificado como no apto alegando como causal de inhabilidad el “trastorno de la conducción eléctrica (bloqueos y hembloqueos completos e incompletos)”.

Bajo ese supuesto, la Sala procederá a reiterar su jurisprudencia en lo referente al (i) el principio de subsidiariedad de la acción de tutela ante la existencia de mecanismos de defensa judicial pertinentes; (ii) procedencia de la acción para controvertir actos y hechos de la administración que reglamentan un concurso de méritos para así poder, (iii) resolver el caso concreto.

4. El principio de subsidiariedad de la acción de tutela ante la existencia de mecanismos de defensa judicial pertinentes. Reiteración de jurisprudencia

La Constitución Política dispone, en su artículo 86, que la acción de tutela es un mecanismo residual y subsidiario[2], diseñado para la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando no se cuente con alguna otra vía judicial de protección o, cuando existiendo ésta, se acuda a ella como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable[3]. En el mismo sentido, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, estableció que la existencia de otros recursos o medios de defensa judiciales hacen improcedente el

amparo, excepto cuando este se solicita de manera transitoria.

La Corte ha reiterado que la acción de tutela no se ha constituido como una instancia para decidir conflictos de rango legal, puesto que para abordar temas de este orden la misma Constitución ha contemplado, en su título VIII, la existencia de jurisdicciones distintas a la constitucional, las cuales deben someterse a los dictados de la ley y la Constitución y, estando los derechos fundamentales en el medio, corresponde a todos los jueces de las diferentes jurisdicciones velar porque los derechos fundamentales sean respetados dentro y como resultado de los procesos judiciales[4].

Así las cosas, debe considerarse que los procedimientos ordinarios cuentan con los elementos procesales adecuados para resolver las controversias de derechos, garantizando la efectividad de las prerrogativas fundamentales. Por ello, la tutela no puede ser empleada como un medio alternativo, ni complementario, ni puede ser estimada como un último recurso[5].

No obstante, existiendo otro medio de defensa judicial, la Corte ha contemplado dos excepciones que hacen procedente la acción de tutela. La primera, consiste en que el medio o recurso legal existente para obtener el amparo no sea eficaz e idóneo y, la segunda, que la tutela se invoque como mecanismo transitorio para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

En cuanto a la primera excepción, la Corte ha sostenido que la sola existencia de otro mecanismo judicial no constituye una razón suficiente para declarar la improcedencia de la acción: el medio con que cuenta el ciudadano debe ser idóneo y eficaz[6]. Para la Corte, la idoneidad hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho[7]. Así mismo, la eficacia tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado[8].

Para determinar la concurrencia de estas dos características, deben examinarse los planteamientos fácticos de cada caso, estudiando aspectos tales como si la utilización del medio o recurso de defensa judicial existente tiene por virtud ofrecer la misma protección que se lograría a través de la acción de tutela[9]; el tiempo que tarda en resolverse la

controversia en la jurisdicción ordinaria; el agotamiento de la posibilidad de ejercicio del derecho fundamental durante el trámite[10], la existencia de medios procesales a través de los cuales puedan exponerse los argumentos relacionados con la protección de los derechos fundamentales[11]; las circunstancias que excusen o justifiquen que el interesado no haya promovido o no espere promover los mecanismos ordinarios que tiene a su alcance[12]; la condición de sujeto de especial protección constitucional del peticionario, que exige una especial consideración de su situación[13], entre otras.

En relación a la segunda situación excepcional, ha dicho la Corte que puede acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando quien hace esta solicitud demuestra que la tutela es una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado[14].

La Corte ha establecido que un perjuicio tendrá carácter irremediable cuando quiera que, en el contexto de la situación concreta, el accionante demuestre que: (i) El perjuicio es cierto e inminente. Es decir, que “su existencia actual o potencial se infiera objetivamente a partir de una evaluación razonable de hechos reales, y no de meras conjeturas o deducciones especulativas”[15], de suerte que, de no frenarse la causa, el daño se generará prontamente. (ii) El perjuicio es grave, en la medida en que lesione, o amenace con lesionar con gran intensidad un bien que objetivamente pueda ser considerado de alta significación para el afectado. (iii) Y que se requiera de la adopción de medidas urgentes e impostergables, que respondan de manera precisa y proporcional a la inminencia del daño ya que, de no tomarse, la generación del daño sería inevitable[16].

Solo cuando concurren la totalidad de los mencionados elementos, se hace manifiesta la necesidad de desplazar el medio ordinario de defensa, y amparar los derechos fundamentales vulnerados, hasta tanto el afectado inicie la acción correspondiente y, habiéndolo hecho, esta sea resuelta de fondo por la jurisdicción respectiva.

5. La acción de tutela para controvertir actos y hechos de la administración que reglamentan un concurso de méritos. Reiteración jurisprudencial

La Corte Constitucional ha establecido, alrededor del principio de subsidiariedad, reglas generales respecto de la viabilidad de las acciones de tutela que, de conformidad con lo estipulado en el numeral 5° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, no procede cuando se

trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto. En ese sentido, la Corte ha indicado que la acción de tutela no cabe para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos.

Lo anterior, está sujeto a la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela de tal manera que, quien pretenda controvertir el contenido de un acto administrativo debe, en primer lugar, acudir a las acciones que para tales fines existen en la jurisdicción contencioso administrativa para exponer las inconformidades presentadas frente a las decisiones generales y particulares adoptada en materia de concurso de méritos.

No obstante, esta corporación ha señalado que, existen al menos, dos excepciones a la regla de carácter general y es (i) cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[17] o porque la cuestión debatida sea eminentemente constitucional[18] y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[19].

En conclusión, esta corporación ha señalado que frente a los actos administrativos acusados de transgredir derechos, salvo las excepciones ya precisadas, la ley previó los medios idóneos ante la jurisdicción contencioso administrativa para obtener su protección, por la vía simple de nulidad o la nulidad o restablecimiento del derecho[20].

6. Proporcionalidad y racionalidad de los requisitos médicos y físicos exigidos para el cargo de dragoneante del INPEC, considerando la naturaleza de las funciones que desempeñan. Reiteración de jurisprudencia.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que las instituciones públicas o privadas pueden exigir requisitos para ingresar a un determinado programa académico, a cierto tipo de formación especializada o para desempeñar determinadas tareas, por lo tanto, excluir a un aspirante que no cumple cualquiera de los requisitos que han exigidos, no vulnera derechos fundamentales. Lo anterior, siempre y cuando (i) los candidatos hayan sido previa y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía, (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con base en la consideración objetiva del cumplimiento de las reglas aplicables[21].

Bajo ese entendido, esta Corporación ha sostenido que las exigencias de ciertas calidades dentro de un proceso de selección son necesarias, pero si pueden ser cuestionables cuando los requisitos requeridos carecen de importancia ante la realización de las funciones del cargo sujeto a concurso. En ese sentido, se ha concluido que para que un criterio de selección no resulte ser inconstitucional, debe ser, como mínimo, (i) razonable, es decir, no puede implicar discriminaciones injustificadas entre persona y, (ii) debe ser un criterio proporcional a los fines para los cuales se establece[22].

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

7. Caso Concreto

Le corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar, si la acción de tutela presentada por el señor William Alejandro Cerón Muñoz, es procedente para efectos de controvertir la decisión adoptada por la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC de excluirlo de la Convocatoria No. 132 de 2012 para proveer el cargo de Dragoneante, Código 4114, Grado 11 del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC.

En la acción de tutela se indicó que, con el objeto de poder ingresar al concurso, los convocados debían superar, entre otros requisitos, un examen médico realizado por la Unión Temporal del INPEC, entidad encargada de evaluar la aptitud ocupacional de los aspirante al cargo de dragoneante para lo cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil reguló el concurso mediante Acuerdo 168 de 2012 y adoptó en el artículo 7° la Resolución INPEC 000305 de la misma anualidad “el profesiograma, perfil profesiográfico o inhabilidad médica para el empleo denominado Dragoneante del cuerpo de custodia y vigilancia del INPEC”.

En desarrollo de lo anterior, el 13 de noviembre de 2012, el actor fue convocado para la realización de los exámenes médicos en el Instituto de Diagnóstico IDINE S.A.. El 3 de diciembre de la misma anualidad, le notificaron que fue calificado como “No Apto”

alegándose como causal de inhabilidad “trastorno de la conducción eléctrica (bloqueos y hemobloqueos completos e incompletos)”, razón por la cual fue excluido del proceso de selección.

Así pues, con la declaratoria de la inhabilidad se originó la exclusión del proceso y con ello la posibilidad de concursar para el cargo al cual aspiraba. Por esta razón, y después de realizarse un examen médico particular que arrojó resultados diferentes a los obtenidos en la valoración practicada por la Unión Temporal del INPEC, presentó, ante la Comisión Nacional del Servicio Civil, una petición en la que requirió la realización de un nuevo examen, toda vez que consideró que las inconsistencias en el resultado médico eran atribuibles al inadecuado procedimiento realizado por instituto médico, pues “no le indicaron la necesidad de retirar los metales del cuerpo”.

No obstante, la entidad accionada negó su solicitud bajo el argumento de que en el momento de la inscripción a la convocatoria, el actor aceptó las condiciones impuestas por la CNSC en las que se estableció, de conformidad con lo estipulado en la Resolución No. 00305 de 2012, que los únicos resultados válidos serían los entregados por la Unión Temporal contratada para la práctica de los exámenes por lo que, “no le era dado aceptar conceptos médicos distintos a los originados durante las etapas del concurso”.

En efecto, encuentra la Sala que si bien la Convocatoria No. 132 de 2012 estuvo regulada por actos administrativos que, en principio, gozan de presunción de legalidad, como lo son el Acuerdo 168 de 2012 y la Resolución No. 00305 del mismo año, lo cierto es que en el caso objeto de estudio la pretensión esbozada no está encaminada a atacar de manera directa el acto que regula el concurso, sino que su intención es la de desvirtuar su calificación de “No Apto” por la inadecuada práctica de su examen médico.

De acuerdo con la jurisprudencia señalada, una entidad no vulnera derechos fundamentales cuando elimina de un concurso a una aspirante por no cumplir con los requisitos exigidos para ello, siempre que (i) los candidatos hayan sido previamente y debidamente advertidos acerca de lo que se les exigía; (ii) el proceso de selección se haya adelantado en igualdad de condiciones; y (iii) la decisión correspondiente se haya tomado con fundamento en consideraciones objetivas del cumplimiento de las reglas aplicables.

Pues bien, revisado el acervo probatorio encuentra la Sala que, en primer lugar, la

Convocatoria No. 132 de 2012 de la CNSC y el INPEC, estableció que uno de los requisitos para ingresar a la escuela penitenciaria, es tener aptitud médica, psicológica y física. Las pruebas para determinar si los aspirantes cumplen con esas aptitudes, están señaladas en la Resolución No. 00305 de 2012, la cual fue publicada en la página web de la CNSC y conocida en tiempo por todos y cada uno de los aspirantes al concurso y que, el mencionado reglamento no previó la práctica de una nueva valoración médica. Así las cosas, los aspirantes fueron calificados de acuerdo con el cumplimiento de las aptitudes exigidas y de conformidad con las pruebas realizadas IDINE S.A., institución contratada para tal fin.

No obstante, se observa que el accionante ante su inconformidad con el procedimiento médico efectuado y los resultados obtenidos, acudió a un médico particular quien, con la práctica de un examen, desvirtuó las supuestas patologías que se le habían diagnosticado y, con fundamento en el concepto médico antagónico, presentó ante la Comisión Nacional del Servicio Civil la solicitud de ser nuevamente valorado, en aras de considerar su calificación como "No Apto" para el cargo en concurso.

En ese entendido, considera la Sala que la accionada debió resolver su solicitud de conformidad con la prueba allegada por el actor o, en su defecto, autorizar la práctica de un nuevo examen que permitiera corroborar el diagnóstico médico emitido en el concurso, lo cual no ocurrió en el sub lite, pues simplemente se le informó que el examen controvertido había sido efectuado por profesionales idóneos contratados para la realización del concurso, sin que dicha respuesta se hubiera fundamentado en la práctica de alguna prueba tendiente a infirmar o desvirtuar el aparente error en el procedimiento, lo cual pudo generar un resultado errado ocasionándole al actor la exclusión del concurso.

Al respecto, es de advertir que el accionante de ninguna manera afirmó en su reclamación que los galenos de Unión Temporal INPEC no fueron idóneos, sino que el examen médico no se realizó con la debida preparación y técnica a fin de lograr un resultado ajustado a la realidad de sus condiciones médicas.

Así las cosas, se concluye que al no permitírsele al accionante, en el trámite de la reclamación efectuada, la práctica de un nuevo examen a fin de desvirtuar o confirmar la existencia de "Trastornos de la conducción eléctrica (bloqueos y hemobloqueos completos e

incompletos)” y, contrario sensu, dejar en firme la declaratoria de “No Apto”, no obstante de haberse advertido la irregularidad en el procedimiento médico, ocasionó, por parte de la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC, la vulneración al debido proceso y al derecho de acceder y ejercer un cargo público.

En efecto, considera la Corte que no es admisible el argumento esbozado por la entidad accionada, según el cual la práctica de una nueva valoración médica atentaría contra el principio de transparencia del concurso de méritos, toda vez que para esta Sala es claro que constituye una verdadera violación a ese principio el hecho de no controvertir el resultado médico adverso, pues se le está dando un valor absoluto al análisis de un procedimiento que al parecer se realizó sin el lleno de requisitos previstos en los protocolos médicos.

Por lo tanto, la Sala encuentra inaceptable que la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC se sirviera de un examen médico cuyo procedimiento se encuentra cuestionado y desvirtuado por el resultado de otro análisis, para descalificar al actor y excluirlo del concurso, pues se considera que la entidad tenía la carga de al menos repetir el examen para controvertir la prueba anexada en la reclamación.

Adicionalmente, se estima que la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC al momento de declarar “No Apto” al aspirante debió, además justificar su decisión en los resultados del análisis médico, evaluar la proporcionalidad de la aptitud física del actor respecto del supuesto trastorno de la conducción eléctrica, verificando y especificando la incidencia del diagnóstico médico en el desarrollo de las funciones propias del cargo al cual aspiraba. Lo anterior, en aras de esclarecer la afectación que el diagnóstico tendría en la actividad a desarrollar, pues para este Tribunal no resultaba claro que la entidad calificara de “No Apto” al accionante quien, con anterioridad, prestó el servicio militar en dicha entidad sin ningún inconveniente o limitación que determinara un riesgo en su desempeño.

En concordancia con lo anterior, al concluirse, después de verificar que el proceso de selección para ocupar el cargo de dragoneante del INPEC se encuentra en desarrollo, que no existe otro mecanismo más eficaz que le otorgue al actor una protección inmediata de sus derechos y, al encontrarse, tal y como quedó expuesto, que la Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC vulneró los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso y ejercicio del cargo público del actor al excluirlo de la Convocatoria No. 132 de 2012 con

fundamento en un examen cuyo procedimiento es cuestionado, esta Sala procederá a revocar la sentencia dictada, el 24 de abril de 2013, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, en su lugar, ordenará a la entidad accionada, que readmita al proceso de selección del concurso al señor William Alejandro Cerón Muñoz, se le realice nuevamente los exámenes médicos exigidos en el concurso y, si su resultado le es favorable y si cumple con el lleno de los demás requisitos exigidos, se proceda a inscribirlo en la lista de elegible.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 24 de abril de 2013 por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en el proceso de la referencia.

Segundo.- TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el accionante al debido proceso y al acceso y ejercicio de un cargo público y ORDENAR a la entidad a la Comisión Nacional del Servicio Civil a que, en las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, readmita al proceso de selección del concurso al señor William Alejandro Cerón Muñoz, le realice nuevamente los exámenes médicos exigidos en el concurso y, si su resultado le es favorable y cumple con los demás requisitos exigidos, proceda a inscribirlo en la lista de elegible.

Tercero.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] Por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil “convoca el proceso de selección para proveer por Concurso-Curso abierto de méritos el empleo de Dragoneante, Código 4114, Grado: 11 en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC”.

[2] Ver entre otras las sentencias T-827 de 2003; T-648 de 2005; T-1089 de 2005; T-691 de 2005 y T-015 de 2006.

[3] Sobre la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, resultan relevantes las sentencias C-1225 de 2004; SU-1070 de 2003; SU-544 de 2001; T-1670 de 2000; T-698 de 2004 y T-827 de 2003.

[4] Al respecto ver, entre muchas otras, las sentencias T-367/08, C-590/05, y T-803/02.

[5] Así lo estableció la Corte desde la sentencia C-543/92.

[6] Ver, entre muchas otras, las sentencias T-211/09, T-580/06, T-068/06, T-972/05 y SU-961/99.

[7] Ver sentencias T-211/09, T-001/07, T-580/06, T-760/05, T-822/02 y T-003/92.

[8] Ver, entre otras, las sentencias T-858/10, T-160/10, T-211/09, T-514/08, T-021/05, T-1121/03 y T-425/01.

[9] Ver sentencias T-068/06, T-822/02, T-384/98, y T-414/92.

[10] Ver sentencias T-864/07, T-123/07, T-979/06 y T-778/05.

[11] Ver sentencias T-809/09, T-843/06, T-966/05, T-436/08, T-816/10, T-417/10,

[12] Ver, entre otras, las sentencias T-512/99 y T-039/96.

[13] Ver, entre otras, las sentencias T-656/06, T-435/06, T-768/05, T-651/04, y T-1012/03, T-329/96; T-573/97, T-654/98 y T-289/03.

[15] T-456/04

[16] Al respecto existen numerosas providencias. Ver, entre otras, las sentencias T-080/09, T-076/09, T-892/08, T-595/08, T-383/01, T-1282/01, T-1285/01, T-254/02, T-787/02, T-026/03, T-367/03, T-535/03, T-537/03, SU.975/03, T-1031/03, T-067/04, T-165/04, T-168/04, T-632/04, T-686/04, T-695/04, T-705/04, T-711/04, T-951/04, T-953/04, T-1216/04, T-123/05, T-485/05, T-954/05, T-973/05, T-1117/05, T-628/06, T-999/06, T-149/07, T-167/07, T-187/07, T-304/07, T-538/07, SU.713/06, SU.636/03, SU.1070/03,

[17] Ver Sentencia T-046 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[18] Ver, entre otras, sentencia T-045 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

[19] Sentencia T-225 de 1993 M.P. Vladimiro Naranja Mesa. De conformidad con lo estipulado en esta sentencia, el perjuicio irremediable se caracteriza por: "(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) pro que las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad".

[20] Artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo.

[21] Sentencia T-463 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[22] Sentencia T-045 de 2011 M.P. María Victoria Calle