

JUZGADO PRIMERO DE EJECUCIÓN DE PENAS y MEDIDAS DE SEGURIDAD

San Juan de Pasto, marzo diez de dos mil veinte

T- 2019-674

Johan Adrián Ruano Palacios Vs.

Comisión Nacional del Servicio Civil y otros

Ingresada: Demanda de tutela

Salida: Sentencia de tutela

Una vez subsanada la nulidad decretada por la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Pasto, se decide la acción de tutela interpuesta por JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS, quien se identifica con la cédula de ciudadanía número 1.085.335.443 expedida en Pasto.

La demanda se dirige en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC). Al trámite de tutela fueron vinculados el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO y CARCELARIO (INPEC), la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, los participantes del concurso de méritos de la CONVOCATORIA No. 800 de 2018 INPEC – DRAGONEANTES e IDIME.

I. LA DEMANDA

Refiere el actor que participó de la Convocatoria 800 de 2018 para proveer el cargo de dragoneante del INPEC, siendo un proceso vigilado y administrado por la CNSC, cumpliendo con todos los requisitos exigidos por la OPEC, obteniendo resultado de ADMITIDO y que por eso presentó la prueba escrita y físico atlética, con excelentes resultados, siendo citado para valoración médica como última exigencia para continuar en el curso en la Escuela Nacional Penitenciaria.

Hace saber que, la valoración médica practicada a través de las entidades de salud contratadas por la demandada, indican que su estado de salud ocupacional es óptimo y que así se demuestra a través de todos los exámenes médicos practicados; no obstante lo dicho, dice que por error fue incluida una supuesta deformidad congénita de la columna cuyo examen no corresponde a él y que por ello dirigió una petición respetuosa ante la IPS IDIME, para solicitar claridad al respecto y que con la respuesta le anexaron un resultado

de un examen correspondiente al señor JUAN SEBASTIÁN BURGOS TORRES, con lo cual se evidencia que se trata de un error.

Explica el actor que con anterioridad se había presentado a un concurso para el cargo de patrullero de la Policía, habiendo sido también valorado con la misma entidad IDIME, sin que se hubiese reportado ninguna anomalía,

A su vez, hace saber que también prestó servicio militar como auxiliar bachiller del INPEC, siendo que en la valoración paraclínica para ese ingreso no se identificaron restricciones para el ejercicio de las funciones de custodia y vigilancia, ni la “supuesta restricción que falsamente me quiere endilgar la CNSC en este proceso de selección”.

A su vez, señala que la CNSC no resolvió de fondo su reclamación, y que por ende, no le dio la posibilidad de impugnar el resultado, sin presentar razones técnico científicas ante las que pueda proponer medio de control en la vía contencioso administrativa.

Estima de tal forma vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo, el derecho a acceder a la administración pública en igualdad de condiciones, derecho al trabajo en condiciones dignas y justas y otros principios como el de la confianza legítima, la igualdad de trato a todos los aspirantes y el derecho de petición.

II. ARGUMENTOS DE LA ACCIONADA y ENTIDADES VINCULADAS

1. El doctor JOSÉ ANTONIO TORRES CERÓN, en ejercicio de las competencias otorgadas por la Dirección General del INPEC, mediante Resolución 000090 del 18 de enero de 2017, afirma que la entidad no ha vulnerado derechos fundamentales del actor y por eso pide la desvinculación, pues aduce que la competencia constitucional, legal y funcional es de la CNSC.

Aduce igualmente la improcedencia de la tutela.

2. El doctor VÍCTOR HUGO GALLEGO CRUZ, como abogado de la CNSC, dice que la tutela es improcedente en virtud del principio de subsidiariedad.

Añade que, el actor cuenta con un mecanismo de defensa idóneo para controvertir el acto administrativo de cuya existencia se duele, no siendo la tutela la vía idónea para cuestionar la legalidad del mismo.

Sostiene igualmente que el actor no demuestra la inminencia, urgencia, gravedad y el carácter impostergable del amparo que se reclama en cada caso concreto y que por lo tanto, no existe perjuicio irremediable.

Frente al asunto, refiere que, revisado el aplicativo SIMO se tiene que el actor se inscribió al proceso de selección para el empleo identificado con código OPEC No. 74588 (Dragoneante) – Convocatoria No. 800 de 2018 INPEC.

Precisa que los artículos 43 y 45 del Acuerdo 20181000006196 del 12 de octubre de 2018, contemplan lo referente a la valoración médica y que ésta no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al curso de formación o complementación.

Determina que si un aspirante obtiene una calificación definitiva de NO APTO será excluido del proceso de selección en esa instancia.

Sostiene igualmente que las inhabilidades fueron determinadas en atención a las directrices contempladas en el Profesiograma.

Comenta también que el día 18 de noviembre de 2019, se publicaron los resultados de la prueba médica, habiéndose declarado al actor como NO APTO.

Se sostiene que la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA como operador logístico contrató con la IPS MEDICAE S.A.S., para que realizara la valoración médica de los aspirantes que estaban concursando, los cuales fueron citados y que dentro del término legal el aspirante presentó la reclamación No. 262512242 del 20 de noviembre de 2019 y que por ello, realizada la nueva valoración médica, se ratificó que el aspirante presenta una alteración confirmada en la radiografía de columna (espina bífida) y que por lo tanto tiene restricción para ejercer el cargo.

3. El doctor JOSÉ VICENTE CARVAJAL SANDOVAL, como Director de la Oficina de Asesoría Jurídica de la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA hizo mención a la improcedencia del amparo, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Hace saber que la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA se opone a la prosperidad de las pretensiones incoadas, en la medida que el actor fue declarado NO APTO, según lo previsto en el acápite de inhabilidades de salud y seguridad para el cargo de dragoneante, versión 4.0, páginas 136 a 137, en tanto presenta espina bífida, y eso se considera como un trastorno de los discos intervertebrales.

Con fundamento en lo expuesto, indica que existe una carencia de objeto tutelable.

4. La doctora LIDA YAMILE GONZÁLEZ BOLÍVAR, como representante legal de IDIME S.A., hace referencia a que la esa es una entidad de carácter privado, cuyo objeto empresarial se enfoca en la prestación de servicios ambulatorios de consulta externa y especializada, así como servicios de diagnósticos en las áreas de imagenología, laboratorio clínico y electrodiagnóstico, ofertando sus servicios tanto a entidades pagadoras y aseguradoras del sector salud, como a usuarios particulares.

Precisa que el señor JOHAN ADRIAN RUANO PALACIOS fue atendido en esa institución, a quien se le practicó estudios de laboratorio clínico e imágenes diagnósticas en el año 2018,

En lo que tiene que ver con los estudios de RX COLUMNA DORSO LUMBAR, dice que los exámenes practicados corresponden a los que fueron aportados por el actor con la demanda de tutela.

Hace saber que en lo que respecta al documento visible a folios 21 de la tutela, no pertenece al señor JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS, sino a otra persona.

Teniendo en cuenta la respuesta brindada por la señora representante legal, se le ordenó remitir al Despacho copia de la historia clínica del actor, en la cual obren las valoraciones, resultados y revisiones médicas practicadas con ocasión de la Convocatoria 800 de 2018 INPEC, lo cual se cumplió.

III. ACERVO PROBATORIO

A. Con la demanda de tutela se anexaron los siguientes documentos:

1. Informe médico ocupacional de aptitud (Ingreso), de fecha 29 de noviembre de 2019 de SONAR SAS, en el cual se precisa que el actor “DEBE EVITAR ACTIVIDAD LABORAL QUE IMPLIQUE SOBRESFUERZO Y/O ACTIVIDAD FÍSICA INTENSA. EVITAR MARCHAS y PEDESTACIÓN PROLONGADA, ASCENSO y DESCENSO DE LAS GARITAS. CAUSAS DE LA RESTRICCIÓN NO CUMPLE CON PROFESIOGRAMA EN LO REFERENTE A ALTERACIONES EN RADIOGRAFÍA DE COLUMNA”.

2. Diagnóstico de columna realizado en IDIME, correspondiente al señor JOHAN ADRIAN RUANO PALACIOS, de fecha 29 de noviembre de 2019, en el cual se destaca: “La densidad ósea es adecuada. Hay defecto de cierre de arco posterior del cuerpo vertebral L5. La altura y configuración de los cuerpos vertebrales al igual que los espacios entre ellos, su alineación y el tamaño del canal raquídeo son normales”.

3. Respuesta dada al actor, el 10 de diciembre de 2019, frente a la reclamación efectuada, a través del cual se ratifica el estado de no apto del aspirante JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS.

4. Derecho de petición formulado ante IDIME, de fecha 12 de diciembre de 2019.

5. Respuesta dada por IDIME al demandante, el 21 de diciembre de 2019, respecto a que no hay ningún tipo de cambio o modificación respecto a lo reportado. Se aporta un examen realizado al señor JUAN SEBASTIÁN BURGOS TORRES, el 28 de noviembre de 2019.

6. Petición realizada por JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS a la Jefe Grupo de Incorporaciones de la Policía Nariño, solicitando se facilite copia de los exámenes de columna dorsolumbar que le realizaron en el mes de abril de 2018.

7. Resultado de un RX de columna dorsolumbar del señor JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS, de fecha 12 de abril de 2018, en el cual se precisa: “La densidad ósea es adecuada. La altura y configuración de los cuerpos vertebrales, al igual que los espacios entre ellos, su alineación y el tamaño del canal raquídeo son normales. CONCLUSIÓN: RX DE COLUMNA DORSOLUMBAR DENTRO DE LÍMITES NORMALES”.

8. Exámenes odontológicos y médico de capacidad psicofísica de admisión al INPEC, practicado al actor, de fecha 16 de junio de 2016, los cuales finalizan concluyendo que el actor es APTO.

9. Concepto del doctor MAURICIO FRAYRE ARTURO, Especialista en Imágenes Diagnósticas, de fecha 20 de noviembre de 2019, practicado al señor JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS, en el cual se establece: “mínima curvatura destroconvexa con vértice en T8, con ángulo de Cobb de 7°, de probable naturaleza postural. No se observa listesis. Cuerpos vertebrales de morfología normal. No se identifican cambios espondilósicos. No se identifican lesiones focales o fracturas. Espacios intervertebrales de amplitud adecuada. Canal medular de amplitud normal. Elementos posteriores sin alteraciones”.

10. Concepto del doctor HENRY CABRERA MÁRQUEZ, de fecha 24 de octubre de 2019 y en donde en lo que atañe a la comuna dorsolumbar se indica como impresión diagnóstica “ESTUDIO DENTRO DE LO NORMAL”.

B. El doctor VÍCTOR HUGO GALLEGU CRUZ, como representante de la CNSC, adjuntó:

1. La respuesta brindada al actor como producto de su reclamación, de fecha 10 de diciembre de 2019.

2. Acto administrativo a través del cual se encarga al doctor VÍCTOR HUGO GALLEGO CRUZ de las funciones de asesor jurídico.

C. En esta instancia se ordenó a la IPS IDIME S.A., adjunte la historia clínica del actor con los siguientes resultados:

1. Se hizo relación en primer término a los exámenes de laboratorio practicados al actor en esa entidad, el día 12 de abril de 2018.

2. Luego, se hizo mención a las imágenes diagnósticas tomadas al señor JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS, durante los días 12 de abril de 2018, 5 de noviembre de 2019 y 29 de noviembre de 2019.

Se explicó que, “Respecto a la solicitud de revisión de los estudios de RX COLUMNA DORSO LUMBAR, que se realizaron en nuestra Organización: siendo estos: (i) RX COLUMNA DORSO LUMBAR, con fecha 05 de noviembre de 2019 y (ii) RX COLUMNA DORSO LUMBAR, con fecha 29 de noviembre de 2019, **ambos cuentan con el diagnóstico de RAQUISQUISIS DE L5**, razón por la cual, y una vez siendo revisados por el Dr. CARLOS FERNANDO NUÑEZ, médico especialista en radiología, se entregó carta de ratificación de los hallazgos, y que fue aportada en los documentos que soportan la acción de tutela, indicando lo referido en esta respuesta. En cuanto a la entrega del estudio que corresponde a otro paciente, realizando nuestra trazabilidad, evidenciamos que se trató de una desviación del proceso, en todo caso, involuntaria, la cual, tampoco fue notificada por el Sr. RUANO a nuestra Organización. No obstante, queremos ratificar, que la desviación anteriormente ratificada, no desvirtúa la validez del estudio, ni mucho menos la ratificación de los hallazgos realizada por el Dr. NUÑEZ y que se encuentra en los soportes probatorios de la tutela”.

Dentro de los resultados de exámenes diagnósticos aportados, cabe destacar:

3. RX DE COLUMNA DORSOLUMBAR, de fecha 12 de abril de 2018, en la cual se precisa que la densidad ósea es adecuada y al altura y configuración de los cuerpos vertebrales, al igual que los espacios entre ellos, su alineación y el tamaño del canal raquídeo son normales”.

4. RX DE COMUMNA DORSOLUMBAR, de fecha 5 de noviembre de 2019, en la cual se establece que la densidad ósea es adecuada, pero que “Hay defecto de cierre del arco posterior del cuerpo vertebral L5. La altura y configuración de los cuerpos vertebrales, al igual que los espacios entre ellos, y el tamaño del canal raquídeo son normales”.

Se llega a la conclusión que el señor JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS tiene “RAQUISQUISIS DE L5”.

5. En valoración de 29 de noviembre de 2019, se estableció: “la densidad ósea es adecuada. Hay defecto de cierre de arco posterior del cuerpo vertebral L5 CONCLUSIÓN: RAQUISQUISIS DE L5”.

IV. CONSIDERACIONES

El numeral 5° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procede *cuando se trata de actos de carácter general, impersonal y abstracto*; por ello, la Corte ha indicado que la acción de tutela no es, por regla general, el mecanismo con que cuenta un aspirante para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un concurso de méritos y antes por el contrario, en sentencia T- 059 de 2019, emitida por la H. Corte Constitucional, se precisó:

“... Procedencia excepcional de la acción de tutela para controvertir actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos

1. En desarrollo del artículo 86 y del Decreto 2591 de 1991 es posible sostener que, por regla general, la acción de tutela no procede en contra de los actos administrativos adoptados al interior de un concurso de méritos, en la medida en que para controvertir ese tipo de decisiones, en principio, los afectados cuentan con medios de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha considerado que, en este tema, existen dos excepciones: (i) cuando la persona afectada no cuenta con un mecanismo judicial distinto a la acción de tutela que sea adecuado para resolver las afectaciones constitucionales que se desprenden del caso¹ y (ii) cuando exista riesgo de ocurrencia de un perjuicio irremediable.

2. Precisamente, la postura anterior se consolidó en la Corte Constitucional desde las primeras oportunidades que tuvo para pronunciarse sobre la procedencia excepcional de la acción de tutela en casos de concursos de méritos. En efecto, en su jurisprudencia, esta corporación se ha centrado en identificar la eficacia en concreto de los medios de defensa ordinarios existentes en el ordenamiento jurídico frente a este tipo de situaciones y, en ese sentido, en la sentencia T-388 de 1998² sostuvo que en atención al término prolongado que tardaban en ser resueltas las pretensiones en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el restablecimiento del derecho no garantizaba el acceso al cargo para el cual se concursó, sino que se logra únicamente una compensación económica por los daños que se causaron al afectado.

¹ Ver sentencia T-100/94, reiterada en la reciente sentencia T-551/17.

² Reiterada en la sentencia T-610/17.

3. De manera posterior, en la sentencia T-095 de 2002³ la Sala Octava de Revisión concluyó que, cuando se somete a un trámite prolongado de restablecimiento de derechos a quien ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, se genera una violación de derechos fundamentales que se extiende en el tiempo, por lo que no parece evidente que el medio de defensa ordinario sea el adecuado para garantizar de manera efectiva la protección de los derechos vulnerados.

4. En igual sentido, en la sentencia SU-913 de 2009 la Sala Plena de la Corte consideró que “en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso –administrativo–, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”⁴

5. Pese a lo anterior, con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011⁵ y, con ésta, de la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares en los procesos adelantados ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como la reducción de la duración de los procesos, el análisis de procedencia varió en estos casos, como quiera que se hizo necesario revisar la eficacia de los mecanismos de defensa allí dispuestos de cara a estas nuevas herramientas que, al igual que la acción de tutela, también permiten suspender los actos que causan la vulneración de los derechos fundamentales. En ese sentido, esta Corte ha sostenido que con la nueva norma el legislador quiso imprimir una perspectiva constitucional a los procesos adelantados ante la citada jurisdicción, instando a los jueces para que, en sus decisiones, opten por una visión más garantista del derecho⁶.

6. Respecto de las condiciones para solicitar medidas cautelares en los procesos que se adelantan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, esta Corte se pronunció en la sentencia C-284 de 2014⁷ en la que concluyó que existen diferencias entre éstas y la protección inmediata que acarrea la naturaleza de una acción de tutela. Ello, en la medida en que el procedimiento para que el juez decrete una medida cautelar es más largo que, los 10 días establecidos para la resolución del amparo constitucional.

³ En esa sentencia, la Corte Constitucional resolvió un caso en el que una persona de la Armada Nacional que se había presentado a un concurso de méritos y que había ocupado el primer lugar no fue nombrado por parte de la entidad.

⁴ En la sentencia SU-913/09, La Corte Constitucional citó a su vez las providencias SU-133/98 y SU-086/99.

⁵ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

⁶ Ver sentencia T-610/17.

⁷ Sentencia en la que se estudió la constitucionalidad del artículo 229 parcial de la Ley 1437 de 2011.

7. De acuerdo con los artículos 233⁸ y 236⁹ de la Ley 1437 de 2011, el demandante puede solicitar que se decrete la medida cautelar desde la presentación de la demanda y en cualquier etapa del proceso, petición que debe ser trasladada al demandado, quien deberá pronunciarse en un término de 5 días. Una vez vencido lo anterior, el juez deberá decidir sobre el decreto de las mismas en 10 días y contra esa decisión proceden los recursos de apelación o súplica, según sea el caso, los cuales se conceden en efecto devolutivo y deben ser decididos en un tiempo máximo de 20 días.

8. Por lo anterior, en la citada sentencia C-284 de 2014 esta Corte manifestó que la Constitución les otorgó a los jueces de tutela una importante facultad para proteger derechos fundamentales de manera inmediata y a través de medidas que son más amplias que aquellas que tienen previstas las medidas cautelares, puesto que, en principio, no están sometidas a “reglas inflexibles” que limiten de alguna forma el estándar de protección que se puede otorgar.

⁸ **“Artículo 233. Procedimiento para la adopción de las medidas cautelares.** La medida cautelar podrá ser solicitada desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso.

El Juez o Magistrado Ponente al admitir la demanda, en auto separado, ordenará correr traslado de la solicitud de medida cautelar para que el demandado se pronuncie sobre ella en escrito separado dentro del término de cinco (5) días, plazo que correrá en forma independiente al de la contestación de la demanda.

Esta decisión, que se notificará simultáneamente con el auto admisorio de la demanda, no será objeto de recursos. De la solicitud presentada en el curso del proceso, se dará traslado a la otra parte al día siguiente de su recepción en la forma establecida en el artículo 108 del Código de Procedimiento Civil.

El auto que decida las medidas cautelares deberá proferirse dentro de los diez (10) días siguientes al vencimiento del término de que dispone el demandado para pronunciarse sobre ella. En este mismo auto el Juez o Magistrado Ponente deberá fijar la caución. La medida cautelar solo podrá hacerse efectiva a partir de la ejecutoria del auto que acepte la caución prestada.

Con todo, si la medida cautelar se solicita en audiencia se correrá traslado durante la misma a la otra parte para que se pronuncie sobre ella y una vez evaluada por el Juez o Magistrado Ponente podrá ser decretada en la misma audiencia.

Cuando la medida haya sido negada, podrá solicitarse nuevamente si se han presentado hechos sobrevinientes y en virtud de ellos se cumplen las condiciones requeridas para su decreto. Contra el auto que resuelva esta solicitud no procederá ningún recurso”.

⁹**“Artículo 236. Recursos.** El auto que decrete una medida cautelar será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso. Los recursos se concederán en el efecto devolutivo y deberán ser resueltos en un término máximo de veinte (20) días.

Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno”.

9. En igual sentido, mediante la sentencia T-376 de 2016 la Sala Tercera de Revisión tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema, particularmente sobre la eficacia en abstracto de la medida cautelar denominada suspensión provisional de los efectos del acto administrativo. Al respecto, concluyó que, pese a que al momento de estudiar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela es imperativo analizar la existencia de estas nuevas herramientas introducidas al ordenamiento por el legislador, lo cierto es que existen diferencias importantes con la acción de tutela prevista en el artículo 86 de la Constitución Política de 1991.

10. En efecto, la naturaleza de las medidas cautelares implica que, de por medio, debe existir el ejercicio de una de las acciones previstas para iniciar un juicio ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y, en ese orden de ideas, (i) es necesario seguir y ajustarse al procedimiento descrito en la norma y acudir mediante abogado debidamente acreditado, situación que no ocurre con la acción de tutela, como quiera que este es un instrumento que puede ser usado de manera personal por el titular de los derechos vulnerados, sin necesidad de seguir una forma preestablecida, (ii) por regla general, para que una medida cautelar sea decretada, es imperativo prestar caución para asegurar los posibles perjuicios que con ésta se puedan causar¹⁰ y, (iii) la suspensión de los actos que causen la vulneración de los derechos no es de carácter definitivo, puesto que estas herramientas son transitorias y, en esa medida, la orden final está sometida a las características propias de cada juicio, en contraposición con la protección que brinda el amparo constitucional, que en principio, es inmediato y definitivo.

11. Ahora bien, recientemente, mediante la sentencia SU-691 de 2017, la Sala Plena tuvo la posibilidad de pronunciarse nuevamente respecto de la eficacia de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y de las medidas cautelares que pueden ser decretadas por el juez. En esa providencia, esta Corte consideró que estas nuevas herramientas permiten garantizar la protección de los derechos de forma igual o, incluso superior a la acción de tutela en los juicios administrativos, pero ello no significa la improcedencia automática y absoluta de la acción de tutela como mecanismo de protección subsidiario de los derechos fundamentales, ya que los jueces constitucionales tienen la obligación de realizar, de conformidad con el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, un juicio de idoneidad en abstracto y otro de eficacia en concreto de los medios de defensa alternos y, en ese sentido, están obligados a considerar: “(i) el contenido de la pretensión y (ii) las condiciones de los sujetos involucrados”.

12. Sumado a lo anterior, es importante resaltar que un requisito de acceso a las acciones previstas en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo es el agotamiento de la etapa previa de conciliación extrajudicial, cuando el objeto de la pretensión pueda ser objeto de este medio alternativo de resolución de conflictos, situación que interrumpe el término de caducidad de la acción hasta que se logre el acuerdo conciliatorio; hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley; hasta que se expidan las constancias

¹⁰ De acuerdo con el artículo 232 de la Ley 1437/11 no se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública.

de no conciliación o hasta que se venza el término de 3 meses, lo que ocurra primero¹¹.

13. Debido a ello, pese a la existencia de medios de defensa ordinarios que puedan ser idóneos para la protección de los derechos fundamentales invocados, lo cierto es que la acción de tutela puede ser procedente, de manera excepcional, con la finalidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

14. Particularmente, cuando se trata de concursos de méritos, la jurisprudencia ha sido consistente en afirmar que los medios de defensa existentes ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo no siempre son eficaces, en concreto, para resolver el problema jurídico planteado, pues generalmente implica someter a ciudadanos que se presentaron a un sistema de selección que se basa en el mérito a eventualidades, tales como que (i) la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda vigencia de manera pronta o, (ii) se termine el período del cargo para el cual concursaron, cuando éste tiene un periodo fijo determinado en la Constitución o en la ley¹². En ese sentido, la orden del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho no estaría relacionada con la efectividad del derecho al acceso de cargos públicos, sino que implicaría una compensación económica, situación que a todas luces, no implica el ejercicio de la labor que se buscaba desempeñar y significa consolidar el derecho de otra persona que, de acuerdo con el mérito, no es quien debería estar desempeñando ese cargo en específico¹³.

15. Por último es importante anotar que, tratándose de acciones de tutela en contra de actos administrativos proferidos en el marco de concursos de méritos, adelantados con la finalidad de designar gerentes en las Empresas sociales del Estado, la Corte ha considerado que la acción de tutela debe ser estudiada de fondo, en la medida en que se trata de la definición de la situación jurídica de una persona que, tiene la finalidad de dirigir una institución cuya finalidad es la prestar el servicio público de salud, además de tratarse de un cargo está sometido a un periodo fijo¹⁴.

16. Así las cosas, las acciones de tutelas que se interponen en contra de los actos administrativos que se profieren en el marco de concursos de méritos, por regla general, son improcedentes, en tanto que existe la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, en el marco de ésta, la posibilidad de solicitar medidas cautelares. Sin embargo, al juez constitucional le corresponde, establecer si esas medidas de defensa existentes en el ordenamiento jurídico son ineficaces, atendiendo a las particularidades del caso en concreto puesto en su conocimiento. Por ejemplo, cuando se trata de un cargo, para el que la Constitución o la ley previeron un periodo fijo y corto, como es el caso de los gerentes de Empresas Sociales del Estado, y del cual ya ha transcurrido un término importante.

17. En atención a lo anterior, la acción de tutela se dirige en contra de las decisiones administrativas mediante las cuales la Junta Directiva del Hospital

¹¹ Ver artículos 20 y 21 de la Ley 640/01.

¹² Ver, entre otras, las sentencias T-509/11, T-604/13, T-604/13, T-748/13, SU-553/15, T-551/17 y T-610/17.

¹³ Ver sentencia T-610/17.

¹⁴ Ver sentencias T-556/10, T-169/11, T509/11, T-547/11, T-235/12, T-604/13, T-784/13 y, recientemente, T-610/17.

Universitario Departamental de Nariño E.S.E. decidió excluir a la señora Gladys Myriam Sierra Pérez del concurso de méritos que se adelantó para designar al gerente de la entidad para el período 2016-2020. Lo anterior, bajo el argumento de que la accionante no cumplió con los requisitos de admisión, comoquiera que presentó la declaración juramentada de no encontrarse incurso en inhabilidad o incompatibilidad respecto de otra entidad de salud, situación que, presuntamente, no advirtió la Universidad de Medellín, institución de educación superior que se encargó de desarrollar las diferentes etapas del proceso de selección.

18. Ahora bien, de acuerdo con lo anterior y con los elementos probatorios existentes en el expediente de tutela y aquellos que fueron recaudados en sede de revisión, la Sala Cuarta advierte que la acción de tutela es el único medio idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico propuesto, como quiera que la señora Gladys Myriam fue excluida del concurso de méritos pese a que ya existía un listado de puntajes definitivo expedido por la Universidad encargada en el que ocupaba el primer lugar, razón por la cual la espera de una decisión judicial en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, implicaría que no se daría prevalencia al principio de mérito, eje fundamental del Estado colombiano, en tanto que seguramente la decisión podría ser tomada después de la vigencia del período.

19. Adicionalmente, el cargo ofertado en el concurso de méritos en el que participó la accionante tiene un periodo fijo de 4 años (2016-2020), que ya se encuentra en curso y, para el cual ya fue designado gerente¹⁵. En ese sentido, someter a la accionante a los términos propios de un proceso contencioso administrativo, implicaría retrasar el nombramiento de quien, de conformidad con el principio del mérito, debería ser quien acceda al cargo de gerente del Hospital Universitario Departamental de Nariño E.S.E y, como consecuencia, se consolidaría el derecho de la persona que, en la actualidad ostenta el cargo y quien, a priori, no ocupó el primer lugar en el proceso de selección que se adelantó.

23. Debido a la duración de los procesos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, la decisión podría ser adoptada con posterioridad a la terminación del periodo, situación que conllevaría a que la accionante no ejerza el cargo para el cual concursó, sino que por el contrario el restablecimiento de sus derechos implicaría el reconocimiento de los daños mediante una suma de dinero, como quiera que con cada día que pasa se materializa el perjuicio. Al respecto, debe resaltarse que la eficacia de los derechos fundamentales, en este caso, el derecho al acceso a los empleos públicos exigen su tutela para permitir su goce efectivo y, por lo tanto, no se satisface con el reconocimiento de una compensación económica.

24. Por último, es importante poner de presente que, pese a que se podría sostener que la pretensión de la acción de tutela, se podría satisfacer mediante la solicitud de medidas cautelares, lo cierto es que en el fondo se plantea una tensión que involucra el principio de mérito como garantía de acceso a la función pública y ello, a todas luces, trasciende de un ámbito administrativo y se convierte en un asunto de carácter constitucional, que torna necesaria una decisión pronta, eficaz y que garantice la protección de los derechos fundamentales.

¹⁵ Mediante Decreto 042 del 6 de febrero de 2018, el Gobernador de Nariño nombró en propiedad al señor Jaime Alberto Arteaga Coral. Información visible en el folio 148 del primer cuaderno de revisión de la acción de tutela.

25. Lo anterior, en la medida en que tal y como se estableció en las sentencias C-645 de 2017, C-588 de 2009, C-553 de 2010, C-249 de 2012 y SU-539 de 2012, el mérito es un principio fundante del Estado colombiano y del actual modelo democrático, en la medida en que tiene un triple fundamento histórico, conceptual y teleológico. En efecto, el principio del mérito se estableció en el ordenamiento jurídico con la finalidad de proscribir las prácticas clientelistas, para garantizar un medio objetivo de acceso, permanencia y retiro del servicio público y, por último, para hacer efectivos otros derechos que encuentran garantía plena a través de éste¹⁶, al tiempo que se materializan los principios de la función administrativa, previstos en el artículo 209 de la Constitución...”.

Bajo tal entendido, no resulta acertado como lo dice la CNSC que se esté ante una causal de improcedencia de la tutela por la existencia de la acción ordinaria, siendo esa también la tesis que defienden los vinculados: INPEC y la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, porque según las sub reglas antes vistas, en tratándose de concurso de méritos, no es cierto que en la actualidad se aplique como hipótesis general, la improcedencia del amparo, sino que debe analizarse cada caso en concreto.

En este evento, el actor no ataca el acto general de la convocatoria que es el acto administrativo general, impersonal y abstracto, a partir del cual se comunica a los interesados el inicio del concurso de méritos y también en donde se fijan las reglas que se deben seguir para aspirar a un determinado cargo, pues lo que el demandante cuestiona son los resultados de las valoraciones médicas efectuadas en dos oportunidades y producto de ese proceso, mediante las cuales se lo declaró NO APTO para el empleo identificado con código OPEC No. 74588 y por eso fue excluido del proceso de selección adelantado a través de la Convocatoria No. 800 de 2018.

Es decir, se le dijo al actor que no podía ingresar al Concurso de Capacitación u Orientación en el INPEC, porque tras el análisis de la aptitud médica y psicofísica, se llegó a la conclusión que el señor JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS no es APTO, siendo esos unos resultados que fueron publicados el 18 de noviembre de 2019.

La decisión de exclusión no es producto del capricho, sino fruto de dos valoraciones médicas, las cuales, en la ciudad de Pasto, estuvieron a cargo de la IPS IDIME, quien valoró al actor el 5 de noviembre de 2019 y determinó que posee un “defecto de cierre del arco posterior del cuerpo vertebral L5, concluyendo que tiene una patología de RAQUISQUISIS de L5”.

Idéntica conclusión se adoptó por la misma IPS en la posterior valoración que efectuó de JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS, el 29 de noviembre de 2019.

O sea que, dicha valoración de ninguna forma resulta confusa, porque existen dos exámenes que confirman esa situación.

¹⁶ Ver sentencia C-046 de 2018.

Tan es así que, cuando el actor interpuso la reclamación No. 262512241, la UNIVERSIDAD DE PAMPLONA, el 20 de noviembre de 2019, resolvió la misma, precisando que de acuerdo a lo solicitado por el actor, se realizó la segunda valoración en la IPS contratada, siendo que se llegó a la misma conclusión que el actor presenta una restricción o inhabilidad para ejercer el cargo al cual aspira.

Para el actor, existe una equivocación en el procedimiento surtido en la IPS IDIME, hasta el punto que aportó una valoración que data del 12 de abril de 2018, en donde lógicamente las condiciones del actor eran diferentes; sin embargo, con posterioridad no se llegó a la misma deducción sobre su estado de salud, de ahí que no puede esgrimir que se esté ante una simple error, pues la reclamación respectiva ya fue despachada negativamente y por lo tanto, se encuentra agotado el trámite en debida forma, a diferencia de lo que se plantea.

De otro lado, el actor aduce como argumento para sustentar el yerro en la valoración, también a una entrega indebida que hizo la IPS IDIME de un concepto que no corresponde a JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS, sino a JUAN SEBASTIÁN BURGOS TORRES, pero resulta que aunque la IPS admitió esa equivocación, lo importante es que de ninguna forma el procedimiento de valoración médica se fincó en el último diagnóstico indicado, sino en el de RAQUISQUISIS DE L5, que se emitió en dos oportunidades diversas, tan es así que esa explicación si se le brindó al actor el 21 de diciembre de 2019, estableciendo que no existe ninguna modificación o cambio a lo reportado por el médico radiólogo, Dr. CARLOS NÚÑEZ.

El actor, aportó al trámite de tutela, otros dos conceptos de los doctores MAURICIO FREYRE ARTURO y HENRY CABRERA MÁRQUEZ, ambos especialistas en imágenes diagnósticas, a quienes acudió al actor de manera particular el 24 de octubre de 2019 y el 20 de noviembre de 2019, respectivamente, en los cuales no se plasma la anomalía destacada en los conceptos emitidos por el radiólogo de IDIME; no obstante, de ninguna forma comprobó que esos conceptos al menos fueron parte de la reclamación efectuada, al menos para inferir que la demandada debió dar una explicación al respecto, pues frente a lo expuesto por la representante de IDIME, el actor ni siquiera informó en su momento que se le había hecho entrega de un concepto equivocado.

En todo caso, esa discrepancia no puede ser definida por el juez de tutela, pues ahí surge toda una controversia, que necesariamente debe debatirse y decidirse en el estadio propicio de un proceso ordinario, siendo esta la razón por la cual se considera improcedente la tutela, porque de lo contrario, se estaría usurpando una competencia no debida.

Por ello, no es factible otorgar el amparo a los derechos a la dignidad humana, al debido proceso administrativo, a la igualdad y al trabajo en condiciones dignas y justas, porque de ninguna forma se cuenta con la certeza que en cabeza del actor radique el derecho para continuar en el proceso de selección, y por el contrario, hasta el momento lo que existen son dos conceptos médicos que apuntan a la demostración de la inhabilidad referida.

En el documento de actualización de inhabilidades médicas para el cargo de Dragoneante del INPEC, se consagra:

“DEFORMIDADES CONGENITAS DE LA COLUMNA ESPINA BÍFIDA

Definición

La espina bífida es una malformación congénita del tubo neural, que se caracteriza porque uno o varios arcos vertebrales posteriores no se fusionaron durante la gestación y la médula espinal quedó sin protección ósea. Existen dos tipos de espina bífida, la espina bífida oculta y la espina bífida abierta o quística.

Causas

La principal causa de espina bífida es la deficiencia de ácido fólico durante el embarazo.

Fisiopatología

El defecto del tubo ocurre probablemente entre los 22-28 días de gestación, periodo en que se forma la médula espinal. Ocurre una ruptura del tubo neural, seguida de protrusión de tejido nervioso a través del canal vertebral impidiendo la fusión de las láminas vertebrales.

Manifestaciones clínicas

Estos síntomas pueden ser de tres tipos:

- o Neurológicos: debilidad en las extremidades inferiores, atrofia de una pierna o pie, escasa sensibilidad o alteración de los reflejos.
- o Genito-uritarios: incontinencia de orina o heces o retención de orina.
- o Ortopédicos: deformidad de los pies o diferencias de tamaño.
- o En la espina bífida abierta, se puede presentar ...”:

Según la página web WWW.TUOTROMEDICO.COM, la espina bífida tiene otros nombres, entre ellos el de RAQUISQUISIS, que fue el término empleado en el diagnóstico del actor, estando por tanto probado, que presenta una inhabilidad de salud y que por ende, no puede continuar en el proceso de selección.

Se reitera entonces, que la tutela se torna improcedente, porque al tenor de lo previsto en el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, se está frente a un hecho litigioso, que necesariamente debe decidirlo la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, ante quien se puede cuestionar el acto administrativo de exclusión del proceso de selección, contando la misma con medidas cautelares.

Consideración aparte merece el derecho de petición que formuló el actor el 12 de diciembre de 2019 ante IDIME, pues si bien se le dio una respuesta el 21 de ese mes y año, solamente fue en el sentido de precisar que el médico radiólogo se mantiene en su concepto de RAQUISQUISIS DE L5, pero ninguna precisión se hizo frente a la equivocación que se dice tuvo la entidad con la entrega del concepto del señor JUAN SEBASTIÁN BURGOS TORRES, porque de eso simplemente se informó a este Despacho, estando IDIME en la obligación de aclarar lo concerniente al demandante.

Por ello, se tutelaré el derecho de petición –Art. 23 C.N.-del actor y se ordenará a IDIME que en el plazo de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, le brinde al actor la explicación correspondiente sobre el inconveniente que hubo con la entrega de otro documento.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Pasto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución,

RESUELVE:

1°.- **DECLARAR IMPROCEDENTE** la tutela a los derechos al debido proceso, igualdad, trabajo y dignidad del señor JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS.

2°.- **TUTELAR** el derecho de petición del señor JOHAN ADRIÁN RUANO PALACIOS: en consecuencia, se ordena a la señora representante de IDIME, o quien haga sus veces que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, le brinde al actor la explicación correspondiente sobre el inconveniente que hubo con la entrega de otro documento.

3°.- Notifíquese esta decisión a las partes por el medio más expedito.

4°.- Contra la presente sentencia cabe la impugnación ante la Sala de Decisión Penal del H. Tribunal Superior de Pasto; en todo caso el asunto será remitido ante la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


ANA PATRICIA QUIJANO VODNIZA

Jueza