

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA

Tunja, treinta y uno (31) de enero de dos mil diecisiete (2017)

ACCIONANTE: FREDY HERNÁN CUERVO FONSECA
ACCIONADO: INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y
CARCELARIO -COMISIÓN NACIONAL DEL
SERVICIO CIVIL-UNIVERSIDAD MANUELA
BELTRÁN - IPS FUNDEMOS - ASOCIACIÓN
DE SERVICIOS EN SALUD OCUPACIONAL
ASSOC LTDA.
RADICACIÓN: 15001333301120170000500
ACCIÓN DE TUTELA

ASUNTO A RESOLVER:

Decide el Despacho en primera instancia la acción de tutela instaurada por FREDY HERNÁN CUERVO FONSECA contra el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO, LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (EN ADELANTE CNSC)-UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN (EN ADELANTE UMB), LA IPS FUNDEMOS Y LA ASOCIACIÓN DE SERVICIOS EN SALUD OCUPACIONAL ASSOC LTDA.

I. ANTECEDENTES:

1. Pretensiones:

El señor FREDY HERNÁN CUERVO FONSECA presenta acción de tutela invocando la protección de los derechos fundamentales de debido proceso, igualdad, así como la protección del derecho al trabajo, el acceso a cargos públicos y la dignidad humana. En consecuencia, pide que se ordene a las accionadas revocar la decisión proferida por la Comisión Nacional del Servicio Civil el 18 de noviembre de 2016 y que proceda a declararlo apto para el cargo, ordenando su inclusión dentro de la lista de personas convocadas al curso de capacitación para el cargo de Inspector Jefe, para, de esa forma, poder continuar en el trámite del concurso.

2. Hechos:

El actor manifiesta que ingresó a laborar al INPEC desde el 5 de diciembre de 2002, como Dragoneante; que el día 30 de diciembre de

2012, ascendió al grado de Inspector Jefe; y en la actualidad se encuentra activo como Comandante de vigilancia del establecimiento carcelario de Tunja. Resalta que ha prestado sus servicios en la institución de manera ininterrumpida durante 14 años, reportando excelentes calificaciones, sin investigaciones ni sanciones disciplinarias.

Señala que con el fin de proveer algunas vacantes dentro del INPEC, en el mes de enero de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil abrió la convocatoria No. 336 INPEC ascensos, para lo cual expidió el Acuerdo No. 564 de 14 de enero de 2016. Precisa que se inscribió para el cargo de Inspector Jefe código 4152 grado 14, con el pin: 196EW6PX475.

Indica que al momento de cargar los documentos cumplía con los requisitos mínimos exigidos en la convocatoria, esto es, tres (3) años de experiencia en el empleo de Inspector y cuatro (4) años al momento del ascenso.

Relata que en el transcurso del año 2016, se desarrolló el trámite del mencionado concurso, en el que superó todas las pruebas para acceder al cargo de Inspector Jefe código 4152 grado 14, entre otras, la de requisitos mínimos, prueba psicológica, entrevista, antecedentes y prueba física.

Aclara que de la prueba médica que le fue realizada el día 18 de octubre de 2016, cuyo resultado fue notificado el 4 de noviembre de 2016, se determinó que no era apto por presentar una inhabilidad por PTERIGION, motivo por el cual, presentó reclamación fundamentada en los dispuesto para el cargo de Inspector jefe en el profesiograma parte 2, esto es, que la inhabilidad aplica cuando se presenta PTERIGION grado 3 y no grado 1 como le fue diagnosticado por el Dr. Juan E. Baquero y en la revaloración hecha en ASSOC Tunja.

Resalta que el 18 de noviembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil dio respuesta a la reclamación presentada por el actor, informando que luego de revisar la documentación de los exámenes médicos, se concluyó que el concursante no presenta inhabilidad por PTERIGION grado 3, pero que si se comprobó inhabilidad por índice de masa corporal. Situación que en sentir del actor es violatoria de los derechos fundamentales que invoca, habida cuenta que dentro de la respuesta dada a la reclamación, le notifican que posee una inhabilidad diferente a la que motivó su exclusión, y por ende no le fue posible reclamar frente a la nueva inhabilidad.

Precisa que conforme al profesiograma, la inhabilidad en el cargo se da cuando el índice de masa corporal de una persona es igual o mayor a 30 puntos, lo cual no le aplica al actor, por cuanto según la valoración

realizada por ASSOC con sede en Tunja, su índice de masa corporal es de 29.74, por lo que el diagnóstico indicó que era apto para desempeñar el cargo.

3. Contestación de la demanda:

3.1. La Fundación para el Desarrollo de las Ciencias de la comunicación social – FUNDEMOS IPS allega respuesta a la acción de tutela (fl. 125-133), señalando que en la publicación efectuada el día 4 de noviembre de 2016, se le indicó al concursante que su estado era NO APTO por presentar una inhabilidad con relación al índice de masa corporal, pues su puntaje fue de 31.91, cuando según el componente ergonómico de la convocatoria, el IMC debe ser de entre 18.5 y 25.

Señala que la convocatoria No. 336 de 2016 INPEC ascensos se encuentra regida en todas sus etapas por el Acuerdo 564 de 2016 proferido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, por lo que las disposiciones allí establecidas son de obligatorio cumplimiento.

Resalta que el único resultado aceptado en el proceso de selección es el de la institución de educación superior que contrate la CNSC, y que los exámenes aplicados por la IPS contratada cumplen con todos los protocolos necesarios para lograr un resultado óptimo, además que el personal profesional contratado es idóneo en su área, campo de acción y cuenta con los soportes probatorios respectivos.

3.2. La Comisión Nacional del Servicio Civil allega respuesta (fol.135-177 y 387-409) señalando en primer lugar que debe declararse la nulidad de la actuado por falta de competencia para asumir el conocimiento del presente asunto, pues desconoce lo dispuesto en el artículo 1º numeral 1º del Decreto 1382 de 2000; en la que se señala que cuando la entidad accionada es del orden nacional la acción debe ser tramitada por los Tribunales Superiores de Distrito Judicial o Tribunales Administrativos. Y señala que la mencionada norma no solo establece reglas de reparto sino también de competencia, y es en función de ellas que se debe definir el juez natural en los proceso de tutela en los que la Comisión Nacional del Servicio Civil asuma la condición de demandada.

Manifiesta que la acción de tutela es improcedente, como quiera que de lo pretendido en la demanda se advierte que en últimas lo que se quiere es controvertir el Acuerdo No.564 de 2016, acto general que rige el desarrollo de la convocatoria No.336 de 2016, para lo cual, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial como es el medio de control de nulidad simple, pues no puede "*pretender que por vía de*

acción de tutela se declare la nulidad de una decisión contenida en un acto administrativo" (fol.388 vto.).

Señala que la convocatoria es la norma reguladora de todo concurso y que obliga a la administración, a las entidades contratadas para realizarlo y a los participantes, y que el señor Fredy Hernán Cuervo Fonseca al inscribirse aceptó todos los términos y condiciones de la convocatoria No. 336 de 2016, los cuales son determinantes para continuar en el proceso de selección.

Indica que para controvertir lo señalado por el accionante, en relación con que fue errado el diagnóstico emitido por la IPS Fundemos al declararlo NO APTO en la valoración médica, fue necesario consultar la historia clínica, en la que se observa que presenta inhabilidad advertida en el examen médico ocupacional por Índice de Masa Corporal, por cuanto arrojó un valor de 31.91, el cual es superior a los valores numéricos establecidos en el profesiograma 1, situación que le impide continuar en el proceso de selección, por haberse configurado la causal de exclusión consagrada en el numeral 11 del artículo 10º del Acuerdo 564 de 2016, esto es, "Obtener concepto NO APTO en la Valoración Médica"

Precisa que las inhabilidades fueron determinadas en atención a las directrices contenidas en el profesiograma y los perfiles profesiográficos de cada cargo, y que para la convocatoria No. 336 de 2016, el aspirante al cargo de Inspector Jefe, con un diagnóstico en el examen médico que determine inhabilidad por obesidad, no cumple con los parámetros establecidos para el cargo. Agrega que según lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-785 de 2013, exigir requisitos de tipo físico para el acceso a los empleos ofertados en la mencionada convocatoria no es violatorio del derecho a la igualdad de los aspirantes, pues dichos requerimientos tienen justificada su necesidad en las funciones a desempeñar.

Asegura que "inicialmente el accionante fue declarado NO APTO por inhabilidad por PTERIGION GRADO, sin embargo, con ocasión de la reclamación referida, la Universidad revisó los resultados de la Valoración Médica y determinó que la inhabilidad de la aspirante es por índice de masa corporal" (fol.392).

Por último, destaca que los exámenes realizados de manera particular por el actor no pueden ser validados, pues el único resultado aceptado en el proceso de selección, respecto de la aptitud médica y psicofísica del aspirante, será el emitido por la entidad contratada previamente para tal fin por la universidad.

3.3. La Universidad Manuela Beltrán allega respuesta (fl. 290-305) informando que celebró contrato de prestación de servicios con la Comisión Nacional del Servicio Civil para desarrollar concurso de méritos, y que las obligaciones contractuales de la UMB se enmarcan entre las etapas de verificación de requisitos mínimos y la valoración médica, las cuales culminaron en su totalidad el 18 de noviembre de 2016, con la publicación de las respuestas a las reclamaciones de los aspirantes. Así, una vez se consolidaron y entregaron los resultados finales el día 7 de diciembre de 2016, la CNSC debía proceder a realizar la publicación de los aspirantes convocados a curso.

Aduce que la valoración médica fue realizada conforme a lo establecido en el Acuerdo No.564 de 2016, que remite a la Resolución No.005657 de 24 de diciembre de 2015, a través de la cual, se adoptó el Profesiograma, siendo este el documento base para la realización de la mencionada valoración. Y que para el caso del cargo denominado Inspector Jefe, el profesiograma en el numeral 3.3.8., establece el componente médico, fijando los exámenes médicos a aplicar a los aspirantes.

Informa que no es posible aportar el pantallazo del resultado de la valoración médica publicado antes de la reclamación, pues este fue reemplazado por el que resolvió la reclamación, no obstante, señala que la corrección en la inhabilidad fue advertida en la respuesta a la reclamación del aspirante.

Explica que conforme a los artículos 60 y 61 del Acuerdo No.564 de 2016, los resultados de la valoración médica se publicaron el día 4 de noviembre de 2016, por lo que los aspirantes podían presentar sus reclamaciones los días 8 y 9 de noviembre de 2016. Destaca que en el presente caso, el accionante presentó un escrito en la etapa de reclamaciones por el inconformismo con el resultado de la prueba de valoración médica, a la que se dio respuesta el 18 de noviembre de 2016; hechos que pueden ser verificados en el aplicativo de publicación de resultados disponible en la página de la CNSC.

Realiza un recuento de los parámetros tenidos en cuenta para la valoración médica del actor, y en lo que interesa al presente asunto, refiere que el examen físico se realizó así: *"El Aspirante se retiró la ropa, quedando en ropa interior con el fin de tener una mejor revisión; posteriormente se tomó el peso, se tomó la estatura sin zapatos, se realizó la toma de presión arterial, se auscultaron los ruidos cardíacos, pulmonares, toma de pulso, medición de frecuencia cardíaca, medición de perímetro abdominal, IMC, marcha, sensibilidad, fuerza y reflejos..."* (fol.299), precisando que los anteriores procedimientos fueron informados al aspirante de forma previa a su realización, mediante la

publicación de la respectiva Guía de Orientación en las páginas web de la CNSC y de la UMB.

Resalta que para la aplicación de la valoración médica de los aspirantes de la convocatoria 336 de 2016, la UMB contrató a Fundemos IPS y su red prestadora de servicios de salud nivel nacional, entre la que se encuentra ASSOC S.A.S. IPS, donde le fue practicada la valoración al actor, el día 18 de octubre de 2016.

Precisa que la valoración que el actor se realizó el día 8 de noviembre de 2016, si fue analizada, pues ésta fue allegada junto al escrito de reclamación, y una vez realizada la verificación de las dos valoraciones médicas efectuadas al aspirante, se pudo observar que el hallazgo PTERIGION no es la verdadera inhabilidad que imposibilitaba al señor Cuervo Fonseca para acceder al cargo de Inspector Jefe, sino su Índice de Masa Corporal (IMC), el cual superó el máximo establecido en el profesiograma en ambas valoraciones. (31.91 y 29.74), pues el valor considerado como normal es de 18.5 a 25, por lo que se determinó que el accionante no cumplía con la aptitud física requerida para el cargo al cual aplicó y que por ende era NO APTO.

3.4. El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario aportó respuesta (fol. 385-386) señalando que no está legitimado en la causa por pasiva, pues de conformidad con la Ley 909 de 2004, la Comisión Nacional del Servicio Civil es la entidad encargada de la administración y vigilancia de los sistemas específicos de carrera administrativa, para lo cual suscribió contrato de prestación de servicios con la Universidad Manuela Beltrán, y es sobre esta última que recae la competencia de la verificación de los requisitos mínimos.

3.5. La Asociación de Servicios en Salud Ocupacional Assoc Ltda. no allegó contestación a la presente acción.

4. Publicidad del presente trámite.

En el auto admisorio de la tutela, se ordenó que a los eventuales interesados en las resultas de la misma les fuera informado del trámite en curso, por el medio de publicidad de la Convocatoria 001 de 2016. En la página www.cnsc.gov.co se verifica en el link de acciones constitucionales que se publicó el auto admisorio de la misma referencia.

CONSIDERACIONES:

2.1. Problema jurídico:

Corresponde al Despacho establecer si el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la Comisión Nacional del Servicio Civil-Universidad Manuela Beltrán, la IPS Fundemos y la Asociación de Servicios en Salud Ocupacional Assoc Ltda. vulneraron los derechos fundamentales que invoca el accionante al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos y dignidad humana, con ocasión de la exclusión por la calificación de la valoración médica dada en el marco del concurso de méritos para ascensos del INPEC. El Despacho se referirá concreta y exclusivamente al trámite dado a la reclamación presentada en contra de la valoración médica, y por su conducto, a la calificación dada en relación con el componente médico de valoración optométrica y el componente ergonómico de índice de masa corporal, como quiera que a la asignación de puntaje en virtud de estos dos ítems se circunscribe la inconformidad del tutelante.

2.2.- Competencia:

El Juzgado es competente para decidir el presente asunto de conformidad con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, en atención a que los efectos de la presunta vulneración de los derechos fundamentales que invoca el actor se producen en jurisdicción de este Despacho Judicial.

No le asiste entonces razón a la Comisión Nacional del Servicio Civil, cuando alega la falta de competencia de este Despacho para conocer del asunto, en virtud del citado Decreto 1382 de 2000, máxime cuando tiene establecido la Corte Constitucional que éste consagra solo normas de reparto de la acción de tutela y no definen la competencia de los despachos judiciales, pues salvo las excepciones consagradas en el Decreto 2591 de 1991, todos los Jueces de la República son competentes para tramitar este tipo de acciones constitucionales¹.

Previo a abordar el problema jurídico, se referirá el Despacho a la procedencia de la acción de tutela, tal como se sigue.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de concursos de méritos.

El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela es un mecanismo concebido para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales *"cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública"*.

¹ Ver auto 073 de 24 de abril de 2013 proferido por la MP Dra. María Victoria Calle Correa.

La Corte Constitucional ha señalado que pese a la naturaleza subsidiaria de la acción de tutela ésta procede excepcionalmente contra las determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos, indicando que *"En lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo. La acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales."*²

De igual forma, ha manifestado que procede para controvertir los puntajes que se asignan en desarrollo de un concurso de méritos ya que los medios de defensa judicial previstos ante la jurisdicción contenciosa administrativa no resultan eficaces para controvertir dichos puntajes en razón *"(...) a la brevedad de la vigencia de los concursos de méritos y la inmediatez en el uso de sus resultados hacen que esa vía no resulte adecuada para la protección de los derechos constitucionales que se estiman violados, en especial si se tiene en cuenta que, en este caso, una eventual suspensión provisional de los efectos del acto administrativo que se considera lesivo del ordenamiento superior -la resolución mediante la cual se asignan los puntajes del accionante en el concurso de méritos- no tendría como consecuencia el restablecimiento inmediato de los derechos del accionante y, por el contrario, podría dejarlo en una situación de indefinición que lo perjudicaría en el trámite de las etapas subsiguientes del concurso. || Con base en las anteriores consideraciones es posible concluir que la vía del amparo constitucional resulta apropiada para ventilar la controversia que se ha planteado en este caso"*³.

En este orden de ideas, contrario a lo que considera la defensa de la parte demandada, la presente acción de tutela sí resulta procedente para controvertir la determinación tomada con fundamento en el puntaje asignado al accionante en la calificación de la valoración médica, como quiera que es el mecanismo judicial eficaz y ágil para corregir cualquier anomalía en el trámite del proceso de selección, antes que se ponga fin al concurso de méritos.

² Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

³ T-800 del 21 de octubre de 2011. MP: María Victoria Calle Correa.

3. Del debido proceso en concurso de méritos.

El artículo 29 de la Constitución Política, dispuso que el debido proceso debe regir todas las actuaciones judiciales y administrativas.

En desarrollo de dicha disposición, la Corte Constitucional ha señalado que dicho derecho hace referencia: *"...al comportamiento que deben observar las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones, en cuanto éstas se encuentran obligadas a **"actuar conforme a los procedimientos previamente establecidos en la ley, con el fin de garantizar los derechos de quienes puedan resultar afectados por las decisiones de la administración que crean, modifican o extinguen un derecho o imponen una obligación o una sanción..."***.⁴ (Negrilla fuera del texto).

Y que hacen parte de las garantías del debido proceso administrativo, *"... entre otros, los derechos a: (i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso..."*.⁵ (Negrilla fuera del texto).

Frente al particular, la Corte Constitucional⁶ ha sido clara en señalar que *"el concurso de méritos al ser un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir responsabilidades, se convierte en una actuación administrativa que debe ceñirse a los postulados del debido proceso constitucional (artículo 29 Superior)"*. Para lo cual, la entidad encargada de administrar el concurso debe proferir la resolución de convocatoria, acto que establece de manera previa las disposiciones que obligan a los intervinientes del concurso, como es el caso de los requisitos que deben reunir los aspirantes a los cargos y los parámetros que debe seguir la entidad administrativa para realizar las etapas propias del concurso, sin perjuicio de las acciones judiciales a que haya lugar por desconocimiento del debido proceso.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-034 del 29 de enero de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-090 del 29 de febrero de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

4. CASO CONCRETO:

En el presente caso se encuentra probado que la Universidad Manuela Beltrán, como operadora, adelanta el concurso de méritos No. 336 de 2016 para proveer por ascenso doscientas (200) vacantes definitivas pertenecientes al Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC, y que a la fecha ya se encuentran publicadas en la página web de la Comisión los resultados de las pruebas de requisitos mínimos, prueba psicológica clínica y de valores, prueba físico-atlética, entrevista, análisis de antecedentes y valoración médica.

El señor Fredy Hernán Cuervo Fonseca se encuentra inscrito en la señalada convocatoria aspirando al cargo de Inspector jefe identificado con código 4152 grado 14⁷, y superada la valoración de antecedentes, obtuvo un resultado de NO APTO en la valoración médica.

Según lo manifestado por la parte actora y lo dicho por la Universidad de Manuela Beltrán, se tiene que el registro de la valoración médica preliminar a la etapa de reclamaciones señalaba que el concursante era NO APTO por presentar inhabilidad por PTERIGION GRADO III.

Frente al concepto dado en la valoración médica, presentó reclamación el 9 de noviembre de 2016 (fol.325, 333), argumentando lo siguiente: *"solicito respetuosamente a ustedes revoquen su decisión tomada el 4 de noviembre de 2016, donde me conceptúan con resultado NO APTO porque presento una supuesta INHABILIDAD CON RELACIÓN A EXAMEN MÉDICO POR PTERIGION"*, teniendo en cuenta que *"COMO SE OBSERVA EN EL DICTAMEN DE OFTALMOLOGÍA Y LA REVALORACIÓN MÉDICA HECHA EN ASSOC, Y EL PROFESIOGRAMA QUE HACE PARTE DE LA NORMATIVIDAD DE LA CONVOCATORIA, EL PTERIGION GRADO I NO ES UNA INCAPACIDAD PARA EL CARGO AL QUE ASPIRO "* (fol. 325-327).

Mediante comunicación de fecha 18 de noviembre de 2016, el Coordinador General de la Universidad Manuela Beltrán dio respuesta a la reclamación en los siguientes términos (fol.332-337):

"(...) Por otro lado, la UMB al realizar la verificación de su documentación de los exámenes médicos se percató que usted no presenta inhabilidad por PTERIGION GRADO III, sin embargo el aspirante presenta una inhabilidad por Índice de Masa Corporal (...)

En este sentido, es perfectamente claro que para la presente Convocatoria No.335 de 2016, el aspirante que NO se encuadre entre los valores considerados como normales en la interpretación del Índice de Masa

⁷http://gestion.cnsc.gov.co/Listado_Inscritos_336/Seguridad_ReqMin/Aspirante.aspx?pin=196EW6PX475&cc=7181204&convocatoria=196

Corporal, NO cumple con la aptitud física requerida para el cargo al cual aplicó de forma que su resultado es NO APTO.

Una vez aclarado el contenido de la inhabilidad citada en sus resultados, la UMB le informa que en convenio con la EPS y las IPS aliadas encargadas de realizar la valoración médica, se pudo confirmar el diagnóstico expuesto en la publicación evidenciando en la historia clínica y en el software que conserva los resultados de los exámenes médicos, de manera que NO hay lugar a realizar modificación en sus resultados (...)

Es importante resaltar que de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del Artículo 61º del Acuerdo 564 de 2016, contra la presente decisión no procede ningún recurso.

Según lo manifestó la misma institución universitaria, la corrección por inhabilidad con relación al índice de masa corporal "fue advertida en la respuesta a la reclamación del aspirante" (fol.292), es decir, al resolver la reclamación del accionante, las instituciones encargadas se percataron de una causal de inhabilidad diferente a la que motivó la decisión inicial de declararlo no apto.

En sentir del accionante, la anterior respuesta presenta dos irregularidades, en primer lugar, allí se resuelve sobre una inhabilidad que no había sido puesta en su conocimiento y frente a la cual no se otorgó un término para controvertirla, y en segundo lugar, la nueva inhabilidad con relación al índice de masa corporal no se configura, pues conforme al reporte médico allegado con la reclamación, obtuvo un puntaje de 29.74, el cual es inferior al límite máximo establecido en el fisiograma que es de 30.

Para abordar las inconformidades planteadas por el accionante, es del caso analizar las condiciones específicas de la convocatoria, y luego determinar si las actuaciones desplegadas por las autoridades administrativas consultaron la garantía del debido proceso o si por el contrario, fueron decisiones arbitrarias de la administración.

Teniendo en cuenta que la convocatoria se constituye en el documento que obliga a las partes que participan en un concurso público de méritos, la Corte Constitucional ha precisado que "las reglas señaladas para las convocatorias son las leyes del concurso y son inmodificables, salvo que ellas sean contrarias a la Constitución, la ley o resulten violatorias de derechos fundamentales"⁸.

A través del Acuerdo 564 de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil convocó a concurso-curso de ascenso para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal pertenecientes al Régimen Específico de Carrera del INPEC, proceso que se identificó

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-090 del 29 de febrero de 2013. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

como "Convocatoria No.336 de 2016-INPEC Ascensos". Así mismo, se dispuso que la selección de los aspirantes tendría las siguientes fases:

"B. PARA SUBOFICIALES (*Inspector e Inspector Jefe*).

1. Convocatoria y Divulgación

2. Inscripciones

3. Verificación de Requisitos Mínimos

4. **FASE I. Concurso.** (Pruebas)

4.1. Prueba Psicológica Clínica

4.2. Prueba de Valores

4.3. Prueba Físico-Atlética

4.4. Entrevista

4.5. Prueba de Valoración de Antecedentes

5. **Valoración médica**

6. **FASE II.** Curso de Capacitación (Art.93 Decreto Ley 407 de 1994)

7. Conformación de Lista de Elegibles"

De otra parte, en el artículo 10º se establecieron algunas causales de exclusión de la Convocatoria, que en lo que interesa a la presente acción, es del caso referir la señalada en el numeral 11, esto es, "**Obtener concepto de NO APTO en la Valoración Médica**". Y frente a la oportunidad para alegarlas, se precisa en el párrafo del mismo artículo que "**Las anteriores causales de exclusión serán aplicadas al aspirante, en cualquier momento de la Convocatoria, cuando se compruebe su ocurrencia, previo debido proceso y sin perjuicio de las acciones judiciales y/o administrativas a que haya lugar**".

Líneas adelante, en el capítulo VI, se explica el alcance que tiene la valoración médica, al referir que "**no constituye una prueba dentro del proceso de selección, sino un trámite previo y obligatorio para ingresar al Curso de Capacitación u Orientación**", y se estipula que en el evento en que el concursante sea valorado con concepto de NO APTO, podrá presentar reclamación dentro de los dos (2) días siguientes a la publicación de los resultados, y que ante la decisión que resuelve la reclamación contra el resultado de la valoración médica, no procede ningún recurso.

Así pues, frente al primer problema planteado, tenemos que pese a que no existe registro del primer concepto emitido en relación con la valoración médica, la parte accionante y la CNSC y la UMB coinciden en manifestar que el concepto de NO APTO solo obedeció a la inhabilidad por PTERIGION, y que fue al resolver la reclamación que se percataron de una inhabilidad diferente que motivaba su exclusión del concurso, esto es, superar los niveles normales de IMC (índice de masa corporal).

Entonces, es claro que la primera reclamación estuvo direccionada a demostrar que el concursante no se encontraba incurso en inhabilidad médica por PTERIGION, lo cual es apenas lógico si se tiene en cuenta que hasta ese momento el accionante no tenía conocimiento de la otra causal.

Ahora, no tiene el Despacho algún reparo frente a la decisión de la entidad de advertir la nueva causal de exclusión, en el marco de la respuesta dada al accionante, como quiera que según el parágrafo del artículo 10º del Acuerdo 564 de 2016, éstas pueden ser aplicadas al aspirante en cualquier momento de la convocatoria, sin embargo, la misma disposición refiere que deberá consultarse siempre la garantía debido proceso, pues bien, al respecto el Despacho observa que la entidad omitió darle la oportunidad al accionante de ejercer su derecho de defensa y contradicción ante la segunda inhabilidad invocada.

En tal sentido, no puede la entidad excusarse en que se limitó a darle cumplimiento al artículo 61 ibídem que señala que contra la decisión que resuelve una reclamación sobre la valoración médica no procede recurso alguno, pues es claro que al tratarse de una inhabilidad que dio lugar a la configuración de una causal de exclusión, dicha norma debe ser armonizada con lo dispuesto en el parágrafo del artículo 10º ibídem.

Así pues, si bien se trataba de una respuesta a una reclamación y en principio no procedería recurso alguno, como ya se explicó, en el marco de dicha respuesta se puso en conocimiento del actor una nueva inhabilidad que sustentaba la decisión de excluirlo, frente a la cual debía garantizársele al concursante la posibilidad de controvertirla. Motivo por el cual, no existe duda en que el accionante al ser excluido por una inhabilidad que no conocía y no contar con un término para presentar reclamación frente a la misma, se le desconocieron las garantías propias de un debido proceso, como son el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, o la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir pruebas, tal y como lo hizo la entidad accionada ante la inhabilidad por PTERIGION, la cual logró desvirtuarse aportando un nuevo examen médico.

Precisado lo anterior, es del caso resolver el otro punto de inconformidad planteado por el accionante al señalar que la inhabilidad con relación al índice de masa corporal no se configura. Al respecto, es del caso precisar que conforme al artículo 56 del pluricitado Acuerdo 564 de 2016, las inhabilidades médicas se encuentran reguladas en la Resolución No.005657 del 24 de diciembre de 2015⁹, norma

⁹ *"Por medio del cual se modifica el Profesiograma, Perfil Profesiográfico e Inhabilidades Médicas para los empleos del Cuerpo de Custodia y Vigilancia - CCV de INPEC y se adopta la Versión 3 para el cargo de Dragoneante y la Versión 2 para los cargos de ascenso"*

mediante la cual se adopta el profesigramas, perfil profesigráfico y documento de inhabilidades médicas versión 3 para el empleo de Dragoneante y versión 2 para los cargos de ascenso del Cuerpo de Custodia y Vigilancia del INPEC.

Una vez revisado el profesigramas 2, que se encuentra en el link de normatividad en la convocatoria INPEC ascensos en la página www.cnsc.gov.co, se pudo corroborar que existen varias inhabilidades ocupacionales que pueden dar lugar a la exclusión de los participantes del concurso-curso, como lo es la señalada en la parte del sistema endocrino, denominada "obesidad", frente a la cual, se establecieron las siguientes características:

"Está caracterizada por un índice de masa corporal o IMC aumentado (mayor o igual a 30). Forma parte del síndrome metabólico. Es un factor de riesgo conocido para enfermedades crónicas como enfermedades cardíacas, diabetes, hipertensión arterial, ictus y algunas formas de cáncer. La evidencia sugiere que se trata de una enfermedad con origen multifactorial: genético, ambiental, psicológico entre otros. Se caracteriza por la acumulación excesiva de grasa en el cuerpo, hipertrofia general del tejido adiposo." (Resalta el Despacho)

La mencionada inhabilidad ocupacional se justifica y aplica de la siguiente forma (ver actualización documento inhabilidades médicas - versión 3)¹⁰:

INHABILIDADES OCUPACIONALES	
JUSTIFICACION DE LA INHABILIDAD	CARGOS A QUE LOS CUALES APLICA
<i>El tipo de entrenamiento físico y la función a desarrollar se ve limitada toda vez que la obesidad dificulta la realización de algunas tareas ya que genera fatiga y está asociada a mayor riesgo cardiovascular que puede generar síncope y/o estar asociados a otras patologías consideradas como criterio de inhabilidad. Es también un factor de riesgo de problemas musculo esqueléticos y de osteoartritis.</i>	<i>Dragoneante, Distinguido, Inspector e Inspector Jefe. La inhabilidad en las labores administrativas dependerá de la severidad y el control del mismo.</i>

Sobre la forma de calcular el IMC (índice de masa corporal), en el profesigramas se sugirió utilizar la siguiente ecuación:

$$\text{IMC} = \frac{\text{Peso (Kg)} * 100}{\text{Estatura (cm)}^2}$$

¹⁰ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/336-de-2016-inpec-ascensos-normatividad>

Y que el valor numérico de IMC que resulte de aplicar la anterior fórmula, debe ser interpretado según lo establecido por la Organización Mundial de la Salud-OMS, así:

VALORES	INTERPRETACIÓN
< 18.5	Bajo peso
18.5 a 25	Normal
25.1 a 29.9	Sobrepeso
>De 30	Obesidad

Según lo manifestó la Universidad Manuela Beltrán (fol.302 vto.) cuando se resolvió la reclamación, se analizaron las dos valoraciones médicas, la que fue aportada con la reclamación por el actor de fecha 8 de noviembre de 2016 y la realizada en el marco del concurso de méritos el 18 de octubre de 2016, sin embargo, los puntajes obtenidos en las dos valoraciones (31.91 y 29.74) fueron inferiores a los valores considerados como NORMALES, que según la UMB están entre 18.5 a 25.

Sea lo primero señalar que no es cierto como lo manifiestan las entidades accionadas, que la inhabilidad para ocupar el cargo que aspira el actor se presente cuando el IMC supere el valor catalogado como normal, pues como ya se explicó, lo que imposibilita a un aspirante para continuar en el concurso-curso, es presentar obesidad, que se configura cuando el IMC es de 30 o > de 30.

Al revisar el reporte de las dos valoraciones médicas (fol.340), llama la atención del Despacho que pese a que registran el mismo peso (89.0 kg), no arrojan el mismo valor de IMC, lo cual encuentra explicación en que aun cuando fueron practicadas por el mismo médico especialista en salud ocupacional JOSÉ LUIS DÍAZ GIL y en la misma institución prestadora de servicios -ASOCIACIÓN DE SERVICIOS EN SALUD OCUPACIONAL S.A.S.-, el valor asignado a la talla (estatura) varió en cada caso, y dicha circunstancia es la que causa que en un examen el IMC sea de 31.91 y en el otro sea de 29.74.

Para dilucidar lo anterior, se ordenó oficiar a la Asociación de Servicios en Salud Ocupacional Assoc Ltda por ser la entidad en la que fueron practicadas las dos valoraciones (fol.411), quienes se limitaron a señalar que el único resultado respecto de la aptitud médica psicofísica que puede ser tenido en cuenta es el emitido en el marco del contrato celebrado con la universidad, el cual arrojó un valor de 31.91, que supera el rango normal de 18.5 a 25, argumento que no coincide con lo señalado por la institución educativa como quiera que según explicó la Universidad al momento de resolver la reclamación del accionante fueron tenidas en cuenta las dos valoraciones.

Así pues, es claro que tales irregularidades se traducen en un desconocimiento del debido proceso del accionante, configurado en primer término, por el hecho de haber sido excluido con fundamento en una inhabilidad que no le fue informada oportunamente y frente a la cual no se le permitió ejercer su defensa y en segundo término, al interpretar los resultados sin atender a lo establecido en la convocatoria en relación con la inhabilidad por el IMC, pues ésta remite al profesiograma que precisa que para ser declarado apto en este ítem, el IMC no puede ser de 30 o > de 30, por lo que sería del caso ordenar interpretar nuevamente los valores resultantes frente a los exámenes que obran en el proceso; no obstante, ante la existencia de dos resultados disimiles asignados a la talla (estatura) del aspirante FREDY HERNÁN CUERVO, resulta poco confiable tener en cuenta las mediciones obtenidas, máxime si se tiene en cuenta que existen tres tallas, la que registra en le cédula (1.71 mts.), la del examen realizado en el marco de la convocatoria (1.67 mts.) y la realizada por el actor (1.73 mts.).

Por lo anterior, es del caso ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que conceda el término previsto en la convocatoria para que el accionante tramite el recurso procedente y en el evento en que dicha reclamación sea presentada, la Universidad Manuela Beltrán deberá a través de una entidad especializada en servicios de salud ocupacional realizar el cálculo del IMC, teniendo en cuenta el peso obtenido en los dos exámenes valorados en la respuesta a la reclamación inicial presentada por el accionante, medida respecto de la cual no existe controversia y que corresponde a **89.0 kg**, y realizando para el efecto una nueva medición de talla (estatura) respecto del concursante FREDY HERNÁN CUERVO FONSECA.

En consecuencia, es claro para el Despacho que la Universidad Manuela Beltrán vulneró el derecho fundamental al debido proceso del demandante, al desconocer las normas establecidas en la convocatoria, al impedir ejercer el derecho de contradicción frente al resultado de la valoración médica y al determinar el índice de masa corporal tomando como parámetro un valor inferior al determinado para catalogar la obesidad.

No se advierte vulneración alguna al derecho al trabajo y acceso a cargos públicos, en cuanto, en trámite el concurso y sin que se encuentre lista de elegibles en firme, la accionante no ha consolidado derecho alguno para ocupar en propiedad el cargo al cual está concursando. Tampoco se pudo comprobar que a otros concursantes en sus mismas circunstancias, se les hubiera dado un trato diferente, motivo por el cual, no se evidencia la alegada transgresión del derecho a la igualdad.

Finalmente, se negarán las pretensiones de la demanda frente a Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, la IPS Fundemos y la Asociación de Servicios en Salud Ocupacional Assoc Ltda., en razón a que según se probó en el proceso, es la Universidad Manuela Beltrán la encargada de la calificación de las distintas pruebas dentro del concurso de méritos hasta la etapa previa a la fase II y fue esta, como operadora, la que al calificar la valoración médica del concursante desconoció las normas establecidas en la convocatoria.

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO ONCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso del señor FREDY HERNÁN CUERVO FONSECA, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la **Comisión Nacional del Servicio Civil**, que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la comunicación respectiva, proceda a habilitar la página web oficial concediendo el término de dos (2) días al concursante FREDY HERNÁN CUERVO FONSECA para que realice la reclamación dirigida a la Universidad Manuela Beltrán, en torno a la inhabilidad por valoración médica en relación con el IMC (índice de masa corporal), comunicándole oportunamente al interesado dicho término.

TERCERO: En caso de que el accionante presente la reclamación referida en el numeral anterior, **ORDENAR** a la **UNIVERSIDAD MANUELA BELTRÁN** que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes y a través de una entidad especializada en servicios de salud ocupacional, **i).** realice una nueva medición para determinar la talla real (estatura) del concursante FREDY HERNÁN CUERVO FONSECA, **ii)** efectúe el cálculo del IMC, teniendo en cuenta el peso obtenido en los dos exámenes valorados en sede de reclamación, medida respecto de la cual no existe controversia y que corresponde a **89.0 kg**, **iii)** bajo los anteriores lineamientos asigne la calificación que corresponda a la valoración médica del accionante.

CUARTO: En caso que el nuevo IMC (índice de masa corporal) habilite al actor para continuar en el concurso, la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL** deberá realizar las gestiones pertinentes para que el concursante FREDY HERNÁN CUERVO FONSECA pueda acceder a la siguiente fase del concurso-curso en igualdad de condiciones frente a los concursantes que continuaron de manera normal.

QUINTO: ORDENAR a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, para que proceda de forma inmediata a informar a los interesados la decisión adoptada en el presenta asunto, a través de la página web institucional donde se están comunicando los resultados de la convocatoria No. 336 de 2016.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la tutela, por las razones expuestas en la parte motiva.

SÉPTIMO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 y en caso de no ser impugnada esta decisión, remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión, en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ASTRID XIMENA SÁNCHEZ PÁEZ
Juez